

**DERECHO
INTERNACIONAL Y
TRANSICIONES A LA
DEMOCRACIA Y LA PAZ:**

**Hacia un modelo para el castigo de los
crímenes pasados a través de la experiencia
iberoamericana**

Javier Chinchón Álvarez

“Queda prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra sin expreso consentimiento del editor.”

EDITA: EDICIONES PARTHENON
C/ DOCTOR ESQUERDO 128 ENTP.
28007 MADRID
info@edicionesparthenon.com
www.edicionesparthenon.com

PRODUCE: Fortic Desarrollo Tecnológico S.L.N.E.

Autor: Javier Chinchón Álvarez
Puede contactarse con el autor en jachal@der.ucm.es

Imagen Portada: Fotografía de las calles de la Zona 1 de Guatemala
Autora: Mónica Mendoza Abad

ISBN:
Depósito legal:
Sevilla, 2007

*A mis padres, Asunción y Antonio,
por todo y por siempre.
Y en especial a mi padre, cuyo corazón
decidió la hora de su descanso
cuando aún nacía el último capítulo
de este trabajo.*

*“El Derecho sirve para la vida o no
sirve para nada.”*

LEGASI LACAMBRA

*“Las cosas que suceden en nuestra
época y que vemos con nuestros
propios ojos no nos sorprenden tanto
como las que leemos del pasado,
aunque en modo alguno son menos
extraordinarias.”*

CONDE DE CHESTERFIELD

*“Estuve a menos de un paso de la
última oportunidad de
pronunciarme, y descubrí con
humillación que probablemente no
tendría nada que decir.”*

JÓSEF T. KONRAD

ÍNDICE

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS.....	17
PRESENTACIÓN	21
PRÓLOGO	23
CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL OBJETO Y FUENTES DE ESTE TRABAJO	29
CAPÍTULO INTRODUCTORIO. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.	
1) Aproximación preliminar.	41
2) El porqué de la confusión entre ambos haces de responsabilidad.....	48
2. a) Vías de confusión basadas en los sujetos implicados y en el comportamiento del Estado.	48
2. b) Vías de confusión terminológicas: crímenes internacionales, crímenes contra el derecho internacional y crímenes de derecho internacional.	55
3) Relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.....	61
PARTE I. OBLIGACIONES INTERNACIONALES RELATIVAS A LA SANCIÓN DE LOS RESPONSABLES DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.	

CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: DIMENSIÓN NORMATIVA (I).

1) Evolución de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de derecho internacional	71
1. a) Delimitación material y temporal.	71
1. b) Primera fase: Hasta la Segunda Guerra Mundial.	77
1. c) Segunda etapa: De la Segunda Guerra Mundial a la caída del muro de Berlín.	88
1. d) Tercera fase: De los años noventa a la actualidad.	106

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: DIMENSIÓN NORMATIVA (II).

1) Concepción normativa de la responsabilidad internacional del individuo en la actualidad.	125
1. a) Reflexiones iniciales acerca del significado del término “norma”.	126
1. b) La conducta del particular: Formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional.	130
1. c) La exigencia de un comportamiento culpable.	137
1. d) Responsabilidad penal y responsabilidad civil internacional del individuo.	142
2) Fundamento de la responsabilidad internacional del individuo.	149

CAPÍTULO IV. LA DIMENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO.

1) Consideraciones previas sobre el papel protagónico de los Estados en la aplicación de la responsabilidad internacional del individuo.	161
2) La aplicación del principio de responsabilidad internacional por los tribunales internos.	168
2. a) La incorporación del derecho internacional penal en los ordenamientos jurídicos internos	168

2.a. 1) El principio de legalidad penal.	168
2 a. 2) El momento de incorporación: La aplicación retrospectiva del derecho internacional penal.	176
2. b) El ejercicio de la jurisdicción penal por crímenes de derecho internacional.	181
2.b. 1) Recapitulación inaugural.	181
2.b. 2) Caracterización inicial del concepto de jurisdicción.	182
2.b. 3) Ejercicio de la jurisdicción penal basado en el principio de territorialidad.	185
2.b. 4) Ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal: Especial referencia a la jurisdicción universal y la interacción entre principios.	187

CAPÍTULO V. CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.

1) Los crímenes de derecho internacional como violaciones de los derechos humanos.	205
1. a) Presupuesto inicial.	205
1. b) El sujeto activo en las violaciones de los derechos humanos.	208
2) Los derechos humanos objeto del presente estudio.	213
3) Las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos como figura autónoma.	223
4) La pertinencia del régimen de responsabilidad aplicable a las violaciones de los derechos humanos.	230

CAPÍTULO VI. OBLIGACIONES ESTATALES DERIVADAS DE LA COMISIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR, SANCIONAR Y REPARAR.

1) Primera aproximación: El deber de garantía y el deber de respeto en el ámbito de los derechos humanos.	235
2) El deber de garantía de los derechos humanos.	238
2. a) Construcción del concepto de deber de garantía.	238

2. b) Regulación jurídica internacional: Su vinculación con la figura de los remedios efectivos.	242
2. c) Significación del deber de garantía.	248
3) Obligaciones específicas contenidas en el deber de garantía.	250
3. a) Presupuesto.	250
3. b) La obligación de investigar.	250
3. c) La obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables.	252
3. d) La obligación de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares.	256
3. e) El conocido como “derecho a la verdad”.	262

PARTE II. LA SANCIÓN DE LOS RESPONSABLES DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN.

CAPÍTULO VII. PROCESOS DE TRANSICIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL.

1) Los procesos de transición.	273
1. a) Delimitación del marco de análisis: Consideraciones iniciales sobre la Justicia Transicional y los procesos de transición.	273
1. b) Conceptos clave.	289
2) Notas características de los procesos de transición en Iberoamérica.	301
2. a) Los regímenes políticos iberoamericanos: El protagonismo de las Fuerzas Armadas en las transiciones y democracias de la región.	301
2. b) Los crímenes de derecho internacional cometidos.	307
3) La Aplicación del derecho internacional a los procesos de transición.	315
3. a) Régimen general.	315
3. b) Modulaciones del régimen general en atención a las peculiaridades de las transiciones iberoamericanas.	316

CAPÍTULO VIII. LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN EN LA ÚLTIMA EXPERIENCIA IBEROAMERICANA: ESTUDIO DE CASOS.

1) Justificación de los casos de estudio: A propósito de los modelos de confrontación jurídico penal con el pasado.	323
2) Estudio de casos.	330
2. a) Centroamérica.	330
2.a. 1) Guatemala.....	331
2.a. 2) Honduras.....	348
2.a. 3) El Salvador.	356
2. b) Suramérica.	369
2.b. 1) Argentina.....	370
2.b. 2) Uruguay.	390
2.b. 3) Chile.....	402

CAPÍTULO IX. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN.

1) Marco general: La prohibición de impunidad.	425
2) La conformidad con el derecho internacional de las medidas adoptadas en relación al castigo de los crímenes pasados.....	434
2. a) Las amnistías.....	437
2.a. 1) Consideraciones previas sobre el concepto de amnistía.....	437
2.a. 2) La compatibilidad de las normas de amnistía con el derecho internacional.....	441
2. b) Los indultos.....	458
2. c) Los enjuiciamientos selectivos.....	465
3) Breves consideraciones sobre los programas y medidas reparatorias implementadas.....	472

CAPÍTULO X. BÚSQUEDA DE OTRAS ALTERNATIVAS DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

1) Reflexiones iniciales: Problemas cuantitativos, cualitativos, temporales y políticos.	475
2) Problemas cuantitativos: A propósito de la “imposibilidad material”.....	481
3) Problemas cualitativos.	488
3. a) La invocación del estado de necesidad.	489
3.a. 1) Concepto y requisitos.	489
3.a. 2) Aplicación del estado de necesidad a los procesos de transición analizados.	493
3. b) La suspensión del ejercicio de derechos y garantías en “situaciones excepcionales”.....	499
3.b. 1) Caracterización.	499
3.b. 2) La viabilidad de la suspensión de garantías en los procesos de transición.	508
CONCLUSIONES.....	515
ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	527
1) Obras generales:.....	527
2) Monografías:.....	529
3) Trabajos en obras colectivas:	548
4) Artículos en revistas y publicaciones periódicas:	569
ANEXO II: JURISPRUDENCIA	585
1) Corte Permanente de Justicia Internacional:	585
2) Corte Internacional de Justicia:	585
3) Corte Interamericana de Derechos Humanos:	587
4) Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	590
4) Tribunal Penal Internacional de Nuremberg:.....	591

5) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:	591
6) Tribunal Penal Internacional para Ruanda:	593
7) Tribunal Especial para Sierra Leona:	593
8) Tribunales nacionales:	593
9) Decisiones arbitrales:	597
 ANEXO III: DOCUMENTOS	 599
1) Sistema de las Naciones Unidas.	599
2) Organización de los Estados Americanos:	611
3) Consejo de Europa:.....	614
4) Órganos nacionales:	614
5) Organizaciones no Gubernamentales:.....	617
 ANEXO VI: OTROS TEXTOS.....	 623
 ANEXO V: SITIOS WEB CONSULTADOS	 627

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ADI	Anuario de Derecho Internacional.
AFDI	Annuaire français de droit international.
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas.
AI	Amnistía Internacional
AJIL	American Journal of International Law.
Apdo.	Apartado.
AHLADI	Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.
ATCA	Alien Tort Claims Act.
Art./Arts.	artículo (s).
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Carta ADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
CCT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
CDH	Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
CDI	Comisión de Derecho Internacional.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales.
CICT	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional.
Cfr.	Confer (confróntese).
CIDH	Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
CLF	Criminal Law Forum.
Com.IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Com.DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Com.DH	Comité de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPI	Corte Penal Internacional.

CS	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos.
DIH	Derecho internacional humanitario.
Doc.	Documento.
Doc. cit.	Documento citado.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
Ed./Eds.	Editor(es), edición, editorial.
EJIL	European Journal of International Law.
HRQ	Human Rights Quarterly.
Ibíd.	Ibídem (allí mismo).
ICJ Reports	International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions and orders.
IJHR	The International Journal of Human Rights.
ILM	International Legal Materials.
JICJ	Journal of International Criminal Justice.
Núm./Nº/No.	Número.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
ONG/ONGs	Organización(es) no gubernamental(es).
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
ONUSAL	Misión de Observadores de las Naciones Unidas en el Salvador.
Op. cit.	Opera citada (obra citada).
pág./págs.	página(s).
párr./párrs.	párrafo(s).
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
RBDI	Revue Belge de Droit International.
R. des C.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
REDM	Revista Española de Derecho Militar.
REEI	Revista electrónica de Estudios Internacionales.
Revista IIDH	Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public.
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja.
RSA	Recueil des sentences arbitrales.
Ss.	Siguientes.

Subcomisión	Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías.
Subcomisión DH	Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.
T.	Tomo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TMI/s	Tribunal/es Militar/es Internacional/es.
TPIRW	Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994.
TPIYUG	Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.
TVPA	Torture Victim Protection Act.
Vid.	Videre (véase).
Vol./Vols.	Volumen(es).

PRESENTACIÓN

Este libro del joven jurista español Javier Chinchón Álvarez es una versión revisada de la tesis doctoral que leyera con honores en la Universidad Complutense de Madrid a mediados de 2006. Se trata de un extenso y ambicioso estudio sobre el juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos en tanto crímenes internacionales, con particular atención a la experiencia de los procesos de transición en el ámbito iberoamericano. Elaborado originalmente bajo la dirección del profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, catedrático de Derecho Internacional Público en la mayor universidad española, el trabajo consta de un capítulo introductorio acerca del concepto modular de responsabilidad internacional del individuo y del Estado, y de un cuerpo central dividido en dos partes principales: la primera versa sobre las obligaciones internacionales de los individuos y de los Estados en materia de crímenes internacionales y de violaciones de los derechos humanos, y la segunda se ocupa del castigo legal de tales crímenes y violaciones en los procesos de transición a la paz y la democracia en varios países del mundo y en especial en seis Estados iberoamericanos (Guatemala, Honduras, El Salvador, Argentina, Uruguay y Chile).

Respaldado por una rica bibliografía, el texto de Javier Chinchón Álvarez es el resultado de varios años de trabajo de campo en España, Estados Unidos e Iberoamérica, donde el autor tuvo oportunidad de visitar universidades, organizaciones no gubernamentales e instituciones tan relevantes en esta temática como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, y el Centro Internacional para la Justicia Transicional y el Centro para los Derechos Humanos y la Justicia Global, en Nueva York. Por ello, el análisis normativo está sólidamente apoyado en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina internacionales más recientes y solventes en el derecho internacional de los derechos humanos, y alcanza conclusiones muy matizadas en torno a las complejas relaciones entre las tres cuestiones que constituyen el núcleo del estudio: la responsabilidad internacional, el castigo legal y los procesos de transición. Entre tales conclusiones se destacan las siguientes: los Estados miembros de la Comunidad Internacional, si pretenden serlo de manera legítima, deben tipificar en su legislación y perseguir ante su jurisdicción los crímenes más graves contra el derecho internacional; los Estados están obligados a garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos en general y del derecho de las víctimas a la justicia en particular; los Estados implicados en procesos de transición a la paz y a la democracia no pueden tolerar la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, ni recurrir a las amnistías generales o autoamnistías, ni invocar estados de necesidad o de emergencia que entrañen la suspensión o conculcación de derechos y garantías inderogables; y el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal, a pesar de sus limitaciones, constituyen los únicos instrumentos lícitos de carácter global para esclarecer, sancionar y reparar las atrocidades contra las libertades fundamentales derivadas de nuestra dignidad humana común.

El amplio y documentado estudio de Javier Chinchón Álvarez se enmarca, en líneas generales, dentro de la corriente más dinámica y progresista del moderno derecho internacional de los derechos humanos, y en tal sentido representa una contribución de calidad a la bibliografía especializada y al debate académico en todo el ámbito de la lengua española. Por esta razón, sus reservas sobre el carácter de *jus cogens* o derecho imperativo que cabe reconocer a principios y preceptos tan consolidados hoy como la responsabilidad internacional del individuo, el derecho a la verdad, las garantías procesales y las normas fundamentales del derecho internacional penal o derecho penal internacional, pueden resultar llamativas al no corresponder a la posición mayoritaria en la comunidad de derechos humanos. Pero se trata de cuestiones disputadas en el mundo universitario, en el cual la diversidad de lecturas resulta no sólo legítima sino además saludable.

Escrito con esa combinación feliz entre enjundia intelectual y pasión ética que distingue a los verdaderos juristas de los meros legistas, el libro de Javier Chinchón Álvarez viene a enriquecer la teoría y la práctica de los derechos con aportes notables, y da testimonio de una conciencia ilustrada y crítica que no se conforma con saber sino que quiere también hacer justicia, que no se limita a las lecciones sino que asume además el compromiso cívico del intelectual en los tiempos procelosos que nos han tocado en suerte.

Hernando Valencia Villa.

PRÓLOGO

El concepto de responsabilidad internacional del individuo supuso algo extraño e, incluso, repugnante, a las categorías de un derecho internacional público concebido como un ordenamiento predominantemente interestatal. Al margen de los juicios de Nuremberg y de Tokio, explicables únicamente en el contexto de la singularidad histórica belicista y totalitaria que estuvieron en su origen, la categoría había sufrido el rapto por los Estados. Fueron necesarios un verdadero cataclismo sangriento y la irrupción de modelos estatales que agotaban sus fines en sí mismos, al margen por completo de los derechos y libertades más esenciales de rango individual, para que la humanidad comenzara a asomarse al escenario de los derechos humanos y, con ello, al lento proceso de elaboración del derecho internacional penal.

En todo caso, el violento tránsito desde el concepto de “crimen internacional”, en cuanto algo imputable exclusivamente al Estado, hacia la categoría “crimen contra el derecho internacional” y su derivación lógica “crimen de derecho internacional” que se desplazaban hacia la dimensión individual del “culpable” no estuvo —ni está— exento de graves dificultades políticas y técnico-jurídicas. Pero es cierto que en la Comunidad Internacional que asume principios democráticos básicos actualmente no es difícil encontrar aceptaciones generalizadas de elementos tales como los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, hasta el punto de que no pocos ordenamientos penales estatales asumen estos tipos penales y, lo que resulta más importante e ilustrativo, extienden la competencia judicial nacional al conocimiento y enjuiciamiento de estas conductas que pasan así de ser no solamente internacionalmente relevantes, sino también estatalmente operativas. La jurisdicción universal para la persecución de estos crímenes, tal y como se puso de manifiesto en el caso Pinochet, eleva a los jueces y tribunales nacionales en noble instrumento primario para su erradicación, con el correspondiente reflejo en los códigos penales y en las legislaciones de procedimiento criminal de los Estados.

En este orden de ideas, resulta igualmente llamativo el desarrollo paralelo y armónico que en la persecución de estos crímenes se produce en la esferas estatal e internacional. Porque al lado de la afirmación de la jurisdicción universal de los Estados ha emergido en los últimos años con singular vigor la creación de diversas jurisdicciones internacionales para la persecución de los criminales internacionales. Y junto a la generalidad y pretensiones de universalidad de la Corte Penal Internacional, otros tribunales *ad hoc* fueron creados para la persecución de estas prácticas odiosas en supuestos de guerras civiles o de conflictos armados internos, como se puso de relieve en la vieja Europa y en la joven África. El elemento del uso de la fuerza ha terminado por desbordar incluso el estricto marco de la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas hacia el derecho internacional humanitario, extendiéndose así la larga y compleja sombra del crimen internacional en tiempos de paz (aunque, en ocasiones, fuera la paz de los cementerios) hacia las guerras inciviles y otros supuestos armados.

El artículo 2, pfo. 7 de la Carta de las Naciones Unidas unido al señero concepto del “domain reservé” de los Estados, entendido como ámbito propicio de la impunidad y del desalojo de las normas internacionales, constituyeron tradicionalmente severos diques para la acción punitiva del ordenamiento internacional. La calificación de un conflicto armado interno como asunto de la jurisdicción exclusiva de ese Estado ciertamente no facilitaba la aplicación de las normas internacionales en este inaccesible coto en el que se desenfrenaban las formas más abyectas y crueles de destrucción humana. Ha de tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que tal y como anunciaron en los albores del nuevo siglo tanto el Consejo de Seguridad como el propio Secretario General de las Naciones Unidas, los nuevos modelos de uso de la fuerza y de crisis internacionales graves se localizaban precisamente en los conflictos internos motivados por causas étnicas, lingüísticas, religiosas etc., en las que los juegos de las mayorías y minorías convertían frecuentemente a los bandos en conflicto -o, al menos, a uno de ellos, el grupo dominante- en negadores persistentes y contumaces de los derechos del otro, incluyendo los más elementales, como el derecho a la vida y a la integridad física. La superación parcial de tan sombrío panorama jurídico y político llegó a través de dos vías distintas. En primer lugar, de la mano del inciso final del mismo artículo 2, pfo. 7 de la Carta, pues el Consejo de Seguridad decidió no sólo conocer determinadas crisis, sino que decidió asimismo la creación de tribunales penales *ad hoc* encargados de corregir los excesos criminales de genocidas y torturadores. En segundo término, la ampliación de la aplicación material del derecho internacional humanitario desde las meras obligaciones convencionales hacia el derecho consuetudinario general—tal y como fuera analizado por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen sobre *las consecuencias de la construcción de un muro por Israel en territorio palestino ocupado*— alejó estas situaciones de cualquier tentación de ampararlas con un presunto limbo jurídico.

Las dificultades para diseñar un marco concreto y jurídicamente convincente a la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales no se ceñían únicamente a las anteriormente mencionadas. Los recovecos técnicos eran astutamente utilizados por genocidas, torturadores y demás ralea criminal para intentar lograr su impunidad, cuando a su triste condición anterior añadían las inmunidades e inviolabilidades personales —sustantivas y procesales— para evitar cualquier acción de la justicia, ya fuera la estatal o la internacional. Ejemplos recientes no faltan lamentablemente en la práctica internacional, además del paradigmático caso Pinochet, pues esta mancha pegajosa y maloliente se extendió por Europa, América, África y Asia. Si a ello añadimos las ingeniosas construcciones técnicas derivadas de la aplicación del derecho intertemporal (yo soy acusado ahora de actos que presuntamente cometí cuando era Jefe del Estado, de *mi* Estado, esto es, cuando gozaba de inmunidad) hemos de reconocer que las inmunidades personales de los órganos del Estado para las relaciones internacionales no contribuían precisamente a la lucha jurídica eficaz contra los autores próximos de crímenes internacionales.

El anhelado fin de los sistemas políticos nazis, totalitarios, autoritarios o fascistas para iniciar el tránsito hacia formas democráticas de gobierno, nos sitúa ante escenarios aún más complejos y minados, como muy bien sabemos los españoles que en 1975 teníamos uso de razón política y social. Con frecuencia, los torturadores o

genocidas que se ven compelidos a dejar el poder ante la irresistible ascensión de la ciudadanía, se convierten en gobernantes magnánimos para ellos mismos elaborando con la diligencia y la anticipación debidas las correspondientes leyes de punto final a cualquier tipo de responsabilidad, para ellos y para los meros ejecutores de sus siniestros designios de destrucción bajo la beatífica etiqueta de la obediencia debida, como si los exterminadores mandos militares y policiales fueran considerados como monjes sometidos a la divina disciplina del padre prior. Pero, no nos engañemos, en otros casos fueron los nuevos gobiernos democráticos –en no pocas ocasiones débiles y vigilados– quienes, presos de temor al padre o bien sintiéndose protagonistas de la refundación de un Estado democrático generoso con el pasado, asumen idénticas iniciativas: desde amnistías generales a leyes del olvido.

Aunque esta práctica a la que acabamos de aludir no es patrimonio exclusivo del continente americano, sí es cierto que se ha repetido durante las dos o tres últimas décadas entre las Repúblicas de nuestra stirpe. Los países centroamericanos suponen un foco incontestable, pero el cáncer de los regímenes militares y autoritarios no se limitó al istmo sino que avanzó hacia el sur: Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay. De manera que quienes ayer eran feroces torturadores o se dedicaban al exterminio de minorías étnicas o habían protagonizado actos genocidas, hoy eran considerados oficial y formalmente como probos ciudadanos libres de toda culpa. Y estamos hablando de actos criminales que afectaron a miles de personas agrupadas en torno a diversos grupos humanos (de filiación política, étnica, religiosa, etc.) sobre los que recayeron prácticas tales como las desapariciones forzosas, la tortura, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, en magnitudes cuantitativas y cualitativas de grandes dimensiones. En cualquier escala de valores la protección de la vida humana y de la integridad física, por no recordar las libertades básicas, deben constituir un fin esencial del Derecho, ya sea interno o internacional, de manera que cualquier modelo jurídico que ignore o excluya los mecanismos técnicos necesarios para su logro debe ser considerado inidóneo, incompleto y fracasado. Porque amparar las situaciones de impunidad solamente sirve para incentivar a los futuros e hipotéticos –pero reales– criminales.

Frente a este panorama no parece difícil aceptar que los mecanismos clásicos de la responsabilidad internacional del Estado, en orden a la atribución o endoso al ente estatal de las actuaciones de cualquiera de sus poderes, se manifiestan como claramente insuficientes en ausencia de un concepto generalmente aceptado de “crimen internacional” y de su corolario “crimen contra el derecho internacional”, dada la complejidad real de las situaciones a las que estamos aludiendo. Examinemos, en primer lugar, el caso de los Estados fallidos, caracterizado por la existencia meramente formal o nominativa de la mayor parte de los elementos constitutivos del Estado aunque en realidad carezcan de cualquier contenido real y material, como no sea, en todo caso, el concerniente a las fuerzas policiales o militares. Como es bien sabido, no pocas crisis de esta naturaleza surgidas en el continente africano afectaron a países sin mayor institucionalización que los nombres rimbombantes de sus poderes. ¿Cómo endosar o atribuir a un inexistente Estado los crímenes realizados? Pasemos, en segundo término, a los supuestos de guerra civiles y de graves conflictos internos, caracterizados por la falta de control efectivo del Estado existente sobre la totalidad de

su población y de su territorio como consecuencia de poderes fácticos que, en ocasiones, fueron objeto de tímidos reconocimientos por otros países en calidad de beligerantes o de cualquier otra categoría similar elaborada a la medida de los intereses de quienes reconocían. Con las normas clásicas en la mano habría que distinguir entonces entre los crímenes atribuidos al Estado y los endosables únicamente a otras fuerzas o poderes en conflicto. Y, al otro lado del péndulo, cabe distinguir por último, los crímenes protagonizados estrictamente por los órganos y poderes de Estados *fuertes* (Argentina, Chile), en cuyo caso parece mucho más fácil probar la atribución. Pero, claro está, debemos tener en cuenta el papel sustantivo que tradicionalmente desempeñó la nacionalidad de las víctimas en todos los casos a los que nos estamos refiriendo, porque si los crímenes –en cualquiera de sus variantes– se proyectaban exclusiva o predominantemente sobre los nacionales del Estado criminal, los mecanismos clásicos de la protección diplomática y de la responsabilidad internacional de Estado a Estado no podían activarse en ausencia del elemento objetivo de la responsabilidad: a saber, la existencia de una obligación internacional (*erga omnes*?) en vigor como la que prohíbe los crímenes de derecho internacional, concepto jurídico en sí mismo refractario e inaceptable para los Estados o grupos armados proclives al exterminio o la tortura sistemática de seres humanos. Es cierto que en la última de las situaciones aludidas en este mismo párrafo la mala cabeza de algunas fuerzas policiales o militares proyectaba su sed exterminadora no sólo sobre sus conciudadanos, sino también sobre los extranjeros (españoles, franceses, estadounidenses...) que comulgaban aparentemente con inaceptables ideologías políticas, como fue el caso de la mera democracia. Aquí sí se abrió la posibilidad a las técnicas clásicas de responsabilidad interestatal, aunque su eficacia fuera modesta y limitada a casos individuales o que afectaban a un número muy reducido de personas.

Por consiguiente, cuando hablamos de responsabilidad internacional individual nos estamos refiriendo a un importante giro cualitativo en el ordenamiento internacional. Y para reforzar el concepto y su eficacia hacia el futuro nada mejor que trabajar con rigor y precisión en orden a precisar las nuevas normas existentes en esta materia, sus manifestaciones formales y sus exactos contenidos obligacionales, tarea generalmente ajena a las preocupaciones de los representantes de los Estados en las conferencias o foros internacionales en los que su proclividad apunta hacia el acuerdo –o a evitarlo– mediante la utilización de definiciones vagas y gaseosas. Para ello están entonces los profesores de derecho internacional, incluso cuando se confiesan forofos o *booligans* de ciertas opciones políticas proclives a las nuevas categorías y conceptos, pues el mundo del Derecho requiere reprimir estos saludables instintos para volcar el esfuerzo en el análisis constructivo inteligente como medio más idóneo para ayudar a la causa.

Este escenario general tan laberíntico, política y jurídicamente hablando, fue el elegido por Javier Chinchón Álvarez para elaborar su tesis doctoral, primero, y la monografía que hoy se ofrece a los lectores, más tarde. La tarea más sencilla fue la de delimitar con precisión el objeto de estudio, diseñar una metodología predominantemente jurídica sin excluir elementos inseparables a la misma, reforzar la juridicidad del estudio, tan proclive y tentador al flirteo con la Ciencia Política, y

destacar las dificultades y los elementos jurídicos que supone el tránsito de la responsabilidad interestatal a la individual. Y en esta tarea inicial se enmarcó principalmente mi labor como director de la tesis, pues es de justicia reconocer que el resto del arduo cometido correspondió estrictamente a su autor quien, además, consideró irrenunciable el examen de los supuestos de transición en las Repúblicas hispanoamericanas lo cual, a la postre, ofrece un valor añadido y una singularidad de no desdeñable importancia. Las pruebas que hubo de pasar nuestro autor a lo largo de este proceso fueron en ocasiones de gran dureza, y no solamente porque se empeñó –y logró– visitar y conocer de primera mano todos los procesos y archivos documentales de los procesos de transición estudiados, sino muy especial y tristemente porque hubo de superar durante esta fase una ausencia determinante y un dolor muy agudo, profundo e intransferible. Pero Javier Chinchón supo transformar su desgarró interno en motivo de trabajo y dedicación, al tiempo que conservó sus nobles impulsos iniciales de campeón de la causa de los débiles, los oprimidos y exterminados practicando la difícil alquimia de elaborar un armazón y una estructura jurídica donde inicialmente casi sólo existía ideología, pero –como es natural– sin renunciar a ésta.

Contagiado de su espíritu original espero que este libro no limite su difusión a los ámbitos meramente académicos, y mucho menos a las Facultades de Derecho, pues los valores que transmite y los ideales que defiende interesan al conjunto de la sociedad. Es cierto que su contenido contribuye a desenmarañar no pocos embrollos y complicaciones de orden técnico jurídico, y desde este punto de vista su lectura resulta indispensable para los especialistas. Pero la obra va más allá, y los altos intereses cívicos, políticos y sociales que están en juego aconseja su lectura a todas las personas, organizaciones y entidades que estén implicadas en la defensa de valores tales como la democracia, la defensa de los derechos humanos y la lucha activa contra cualquier criminal internacional. Por tanto, su posible impacto desborda las meras aulas y bibliotecas universitarias.

No obstante lo anterior, no quiero finalizar sin hacer una nueva llamada de atención sobre sus valores jurídicos. En su parte conceptual se analiza la responsabilidad internacional del individuo, su interrelación con la responsabilidad internacional de los Estados y la noción de crimen contra el derecho internacional. La segunda parte del trabajo supone una proyección traslativa de los anteriores elementos conceptuales sobre los distintos procesos y modelos de transición política ocurridos en el continente americano durante las últimas décadas, análisis que pone de manifiesto –entre otros aspectos– los elementos comunes que suelen estar presentes en todos ellos junto al particularismo de cada una de las situaciones nacionales estudiadas. Bienvenida sea esta obra y larga vida académica para su autor.

Luis Ignacio Sánchez Rodríguez.
*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacional de la Universidad Complutense de Madrid.*

En Madrid, a 6 de diciembre de 2006, celebrando
el cumpleaños de nuestra Constitución.

CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL OBJETO Y FUENTES DE ESTE TRABAJO

Los últimos decenios han sido testigos del inicio de un número sin precedente de procesos de transición en el mundo. A finales de los años setenta del siglo pasado fue el sur de Europa; en los ochentas sería el turno de Iberoamérica¹; entre finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, al menos quince países africanos salieron de regímenes monopartidistas represivos y para 1994 cerca de la mitad de los Estados africanos se encontraban inmersos en procesos de transición; Asia experimentaría un desarrollo parcialmente similar a partir de 1986 con la caída de Ferdinand Marcos en Filipinas, con la apertura, un año después, del gobierno militar del General Park Chung Hee en Corea del Sur, y con el fin de la ley marcial taiwanesa en pertinaz vigencia durante veintiocho años.

Apenas dos años después, casi en las mismas semanas de aquel diciembre de 1989, Chile y Brasil celebrarían sus primeras elecciones presidenciales libres (tras diecisiete y veinte años respectivamente), mientras que se daban parejas transformaciones en Checoslovaquia, Hungría, Rumanía y la República Democrática de Alemania. En 1991 Etiopía dejaría atrás más de diecisiete años de atroz dictadura bajo el régimen *Dergue* de Mengistu Haile Mariam, Guatemala y El Salvador superarían periodos de gobiernos no democráticos y “conflictos armados”, Pakistán, Bangladesh y Nepal profundizarían sus transiciones, y en bloque, los Estados de la antigua Unión Soviética se unirían al aparentemente imparable desarrollo de los procesos de transición en todos los Continentes.

Hacia el final de esta “tercera ola de democratización”², más de la mitad de los Estados bajo regímenes no democráticos habían activado diversas transiciones, viendo un principio de luz tras años de represión, violaciones a los derechos humanos y, en no pocos casos, crímenes de derecho internacional.

¹ Frente al mayoritario uso, en la actualidad, del término “Latinoamérica” o “América Latina” entiendo más ajustado utilizar el vocablo “Iberoamérica” —o “Hispanoamérica”— para hacer mención a la realidad geográfica, política, social y cultural que se enmarca entre la frontera sur de los Estados Unidos de América y el Cabo de Hornos. Sin ningún ánimo reivindicatorio, conviene recordar a este respecto que la denominación de “Latinoamérica” en realidad no fue utilizada hasta los tiempos de Napoleón III, momento histórico en el que el embajador colombiano en París “inventó” este calificativo para satisfacción de las propias autoridades francesas.

² Aunque en la teoría del cambio de sistemas a veces se ha abogado por la identificación de cuatro “olas de democratización” (tras 1918, 1945, 1970 y 1989), la posición mayoritaria defiende la existencia de sólo tres. Sobre este particular, resulta ineludible la referencia al trabajo de HUNTINGTON, S. P.: *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994, primer capítulo, en especial págs. 25-37.

Este extraordinario conjunto de acontecimientos abonó un terreno del que fue surgiendo una enorme cantidad de trabajos que enfrentaron el análisis de estas experiencias desde múltiples disciplinas y enfoques. Entre todos ellos, fue alcanzando un papel propio lo que vino a conocerse, con un neologismo de origen inglés, como estudios sobre la “Justicia Transicional”, cuyo interés se centró en resolver, a grandes rasgos, cuatro interrogantes básicos: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado durante la transición o es mejor intentar olvidar y pensar sólo en el futuro; si se aborda ese pasado, 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo.

La respuesta a estas preguntas en la práctica ha ido desde la inicial *gruba linia* del presidente polaco Mazowiecki —o el “modelo español”— hasta la decida apuesta por la sanción de los crímenes pasados de las autoridades ruandesas o etíopes; la “lustración” checoslovaca primero, checa después, alemana, húngara y finalmente polaca, o las políticas eminentemente reparatorias de Bielorrusia o el primer Chile de Aylwin; la selectiva persecución penal de la Grecia de Karamanlis o de los primeros años de la Argentina de Alfonsín, el complejo equilibrio entre castigo y perdón de Sudáfrica, o la desnuda impunidad de hecho en Guatemala.

La solución a estos interrogantes en la teoría se ha buscado en la Filosofía, la Historia/historiografía, la Sociología, la Antropología, la Psicología, la Economía, las Ciencias Políticas, la Religión y el Derecho interno o internacional; pero en relación con este último, como bien ha advertido un experto de la talla de Boraine, a pesar del énfasis puesto en la obligación internacional de castigar ciertos crímenes, la realidad de los hechos es que en la mayoría de las transiciones el factor decisivo no ha sido el derecho internacional³; circunstancia a la que debería agregarse que aun en la doctrina no han sido muchos, o mejor dicho han sido muy pocos, los trabajos que de forma sistemática y con el detalle requerido han abordado esta cuestión desde la perspectiva del mismo derecho internacional.

Ciertamente, afrontar el análisis de todo lo que implica, y se ve implicado, en un proceso de transición supone el proyecto de toda una vida; pero intentar acabar con esta marginación fáctica del ordenamiento jurídico internacional en este punto, resolviendo las cuatro cuestiones esbozadas desde lo que en él se dispone, quizá sí sea alcanzable en el aliento de un estudio como el presente; o al menos, ésta fue (y es) la intención o el deseo que me impulsó a aventurarme en esta empresa desde su inicio. Además, este empeño no es un mero ejercicio académico, o el producto de una ansiedad personal, pues en caso contrario, desconociendo la vigencia de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados embarcados en una transición respecto a los crímenes perpetrados en su pasado, tan sólo se obtendría un estudio parcial en el que debería sostenerse, incluso *a priori*, la inexistencia o irrelevancia del derecho

³ Cfr. BORAINÉ, A.: *A Country Unmasked. Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 381-382.

internacional, y por extensión, de la propia Comunidad Internacional⁴, cuerpo social que se conforma como origen y destinatario del mismo.

De este modo, las disposiciones presentes en el ordenamiento jurídico internacional en relación con el tratamiento, durante un proceso de transición, de los crímenes de derecho internacional, y en su caso las violaciones a los derechos humanos, cometidos en el pasado se convierten en el objeto de este trabajo; escrutinio que se realizará no en abstracto, sino aplicado a una experiencia tan exuberante y rica –aun con más sombras que luces– como las últimas transiciones iberoamericanas; pues tengo el convencimiento de que en todos estos Estados, que inauguraron lo que se ha conocido como “tercera ola de políticas de memoria y justicia”, esta cuestión se encuentra especialmente abierta, y por tanto irresoluta; y junto a ello, porque también tengo la convicción de que si se obviarán los retos y dificultades particulares que enfrentan no sólo éstos, sino todos los países en transición, el presente esfuerzo tornaría un ejercicio carente de todo sentido.

Ahora bien, como acabo de deslizar, lo anterior no ha de ocultar dos consideraciones básicas: En primer lugar, la vigencia y actualidad de esta materia; en tanto que la misma se ha erigido y erige como auténtica protagonista no sólo en estos Estados, sino en la práctica totalidad de las transiciones más próximas en el tiempo –y aun si los crímenes se cometieron en un pasado lejano–. En este sentido, resulta pertinente recordar que en mi propio país, España, todavía hoy continúan abriéndose

⁴ Aunque resulta adecuado apuntar (y denunciar) que como ha advertido Chomsky “*cuando los Estados occidentales y los intelectuales utilizan el término “comunidad internacional”, se refieren a ellos mismo*” (vid. CHOMSKY, N.: 11/09/2001, RBA Libros, Barcelona, 2002, pág. 80), en este punto utilizo la expresión “Comunidad Internacional” por ser ésta la recogida en la mayoría de los instrumentos internacionales que regulan la materia que aquí se analiza –al igual que en diversas decisiones de la Corte Internacional de Justicia como las del asunto *Barcelona Traction* o la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada en Sudafrica en Namibia (Sudoeste africano)*, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad–. Por ello, resulta más aconsejable utilizar este término al menos en lo que a este examen interesa. Anótese, no obstante, que además de la objeción ya señalada, existe cierta discrepancia en la doctrina especializada en relación con este “calificativo”; de tal suerte que aún parecen mayoritarias las posturas que abogan por la denominación de “Sociedad Internacional” en detrimento de la de “Comunidad Internacional”. Sin negar la importancia de las consecuencias de una u otra posición en este debate teórico, baste apuntar que el mismo, en mi opinión, se centra en un punto clave basado en las diversas consideraciones sobre el desarrollo e implantación de un verdadero principio de solidaridad en la estructura internacional; asunto, a la postre, no esencial para este análisis. Para una primera aproximación a esta cuestión general, véanse, en la doctrina española, las distintas posiciones de destacados autores como CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 186-193, así como el más reciente *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, 2001, Madrid, págs. 11-27, y el más específico “Influencia de la noción de Comunidad Internacional en la naturaleza del derecho internacional público”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005; DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 60-76; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2003, págs. 68-74; MARINO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho Internacional Público. Parte General*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2005, págs. 19-45; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 23-64; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: *Lecciones de derecho internacional público*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 27-69.

paso la demanda y discusión sobre este particular, referido a lo acaecido en un conflicto armado que finalizó hace ya cerca de setenta años y un régimen autoritario que acabó hace más de treinta⁵, como bien se escenificó en el último Debate sobre el Estado de la Nación. En segundo lugar, y desde esta premisa, con la elección del ámbito geográfico iberoamericano se pretenden alcanzar unas conclusiones, principal pero no exclusivamente regionales, pues algunas de las características propias de estos Estados son igualmente identificables -aun en grado variable- en muchos otros. Este hecho permitirá, en la medida de la posible, la extensión o generalización de lo que se expondrá sin tener que afrontar el materialmente imposible estudio de todos y cada uno de los procesos de transición habidos en el mundo; y junto a ello, aunque será obligada una mención prioritaria a la normativa interamericana, el estudio de las disposiciones universales facilitará la aplicación a otras experiencias de las conclusiones que aquí se alcancen.

Llegados a este punto se impone un alto en el camino que en ningún caso ha de ser confundido con un deshago personal. Tratar de construir un análisis de esta naturaleza plantea un problema inicial sólo salvable con muchas horas de desvelo. Basta echar un vistazo a la bibliografía que acompaña a este trabajo para constatar que una obra como ésta se sostiene directamente en cientos de pilares, en decenas y decenas de aportaciones previas que han dado luz a algunos aspectos sectoriales del problema jurídico general que aquí se pretende examinar como un todo. Por ello, en el espíritu de este estudio está presente una triple finalidad: En primer y protagónico lugar, conformar un examen sistemático sobre esta temática. En segundo, hacerlo ofreciendo un trabajo que haga posible que aquéllos que no tienen un bagaje teórico centrado o especializado en esta cuestión puedan aproximarse por primera vez a ella; en consecuencia, el análisis se desplegará paso a paso, abordando algunas cuestiones que son conocidas para el especialista pero no necesariamente para cualquier interesado en esta problemática. Se tratará, en definitiva, de no dar demasiadas cosas por supuestas, de no obligar al lego en estas cuestiones a tener que pedir, buscar, o suplicar socorro continuo. Pero al mismo tiempo, y en tercer lugar, esta obra aspira a transformarse en una herramienta útil para el ya iniciado, incluso para el experto; a la postre, para todos aquéllos que ya se han enfrentado a los problemas que aquí se plantean. Por ello, se han tratado de incluir, condensar, y valorar muchas – escribir “todas” resultaría ilusorio- de las visiones que se han desplegado tanto en la doctrina como en los órganos nacionales e internacionales implicados, ofreciendo un conjunto de respuestas propias a los dilemas que se plantean –y algunos incluso “no planteados”-, con el objetivo final de facilitar el fundamental debate posterior tanto sobre el tema general como respecto a lo que en este trabajo se concluya.

⁵ Como ejemplo puede consultar el completo y reciente informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL: “La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista”, 18 de julio de 2005 (disponible en versión electrónica en http://www.es.amnesty.org/esp/docs_esp.shtm). Véase también VALENCIA VILLA, H.: “El derecho a la justicia en una sociedad democrática”, conferencia impartida en el Curso de Humanidades Contemporáneas “Democracia y Derechos Humanos: las libertades fundamentales en una sociedad en transformación”, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, ponencia del 15 de marzo de 2006.

Desde este conjunto de parámetros, resulta ahora necesario delimitar con la mayor precisión los márgenes y posibilidades de este trabajo, pues de lo contrario se correrá el riesgo de extraviarse en el laberinto, o lo que es peor, de defraudar al lector que se aproxime a esta obra.

La advertencia de base ha de ser que éste es un estudio desde y por el derecho internacional. Ello no implicará que se prescinda de otras disciplinas (y de su propia metodología) para alcanzar el objetivo señalado, pues sin ellas sería imposible abordar los conceptos de transición o de régimen político, o entender las particularidades de los mismos procesos de transición, sino que su uso será básicamente instrumental. Y es que debe subrayarse que en ningún caso se pretende resolver todos los problemas que deben afrontar los países en transición, ni tan siquiera aquéllos exclusivamente referidos a la sanción de los responsables⁶ de crímenes pasados; y por supuesto, no está en el ánimo de este trabajo proponer una solución única para toda esta materia. Estas complejas cuestiones no sólo exceden de las posibilidades de este estudio, sino que escapan a las mismas capacidades del derecho internacional. La finalidad fundamental de todo el esfuerzo que se realizará en las próximas páginas se restringe a establecer cuáles son las obligaciones internacionales que han de ser atendidas respecto a la sanción de los crímenes cometidos en el pasado, y desde esta base, explorar y evaluar jurídicamente las distintas alternativas de las que disponen estos Estados a la hora de confrontar esas obligaciones con las realidades, exigencias y limitaciones que enfrentan. Conformado, en su caso, este catálogo, deberá ser cada una de las sociedades en transición la que decida qué se ajusta mejor a sus propios retos y necesidades.

Incluso desde esta premisa, ha de destacarse de igual modo que como ha afirmado un gran especialista *“la materia de las lesiones a los derechos humanos por sistemas estatales dictatoriales o de otra clase de criminalidad gubernamental carece aún de una teoría general para su tratamiento tras los cambios de sistema político, (...) su elaboración acabada llevará varias generaciones”*⁷, lo cual refuerza la anterior consideración y permite comenzar reconociendo que, en todo caso, esta cuestión no puede resolverse de un plumazo –o de muchos plumazos–, sino que con este trabajo sólo se intentará contribuir a la profundización en esta problemática, sistematizando el régimen jurídico internacional aplicable y ofreciendo un esquema fundamental acerca de lo que los Estados pueden hacer sin que su responsabilidad internacional se vea comprometida.

De lo expuesto resulta obvio que en primer lugar deberán examinarse el conjunto de obligaciones internacionales pertinentes en relación con el castigo de los crímenes de derecho internacional, y en su caso, las violaciones a los derechos humanos; resultando imprescindible establecer de inicio una distinción entre el régimen

⁶ El uso de la expresión “responsable” de un crimen se utilizará en este trabajo sin prejuzgar la culpabilidad del individuo en cuestión. En este sentido, sería más correcto usar “presunto culpable” o “presunto responsable”; si bien, por motivos de fluidez expositiva entiendo más adecuado optar por la primera expresión

⁷ Vid. SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*. Argentina, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999, pág. 10.

de responsabilidad aplicable, pues la comisión de, por ejemplo, crímenes como el genocidio o los crímenes contra la humanidad comprometerán la responsabilidad internacional penal del individuo⁸, y bajo determinadas circunstancias, también conllevarán la responsabilidad internacional del Estado. Esta delimitación será fundamental para todo el desarrollo del trabajo, pues la segunda cuestión general, esto es, la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes de derecho internacional/violaciones de los derechos humanos queda fuera del ámbito de este análisis, en tanto que la clave del mismo se sitúa en las obligaciones y posibilidades lícitas que tiene un Estado para sancionar los crímenes cometidos, no en la responsabilidad por su comisión, ni tampoco en las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones que se identifiquen.

Ahora bien, lo anterior no ha de ser interpretado como una justificación o una invitación a desestimar completamente la relevancia del régimen de responsabilidad internacional del Estado en este trabajo. Dos matizaciones mínimas, por el momento, se imponen: En primer lugar, en este ámbito resultará sustancial el estudio de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud de un comportamiento, pues algunas de ellas –básicamente el estado de necesidad– podrían presentar cierta virtualidad respecto a las obligaciones de sanción de los crímenes pasados en las experiencias transicionales que aquí ocupan. En segundo lugar, no debe olvidarse que los crímenes de derecho internacional comportan, en la mayoría de los casos, violaciones a los derechos humanos; hecho que obligará a prestar atención al régimen de responsabilidad propio del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), aun advirtiendo, de nuevo, que lo que aquí interesa no es esa responsabilidad en sentido amplio, sino en concreto las obligaciones que el Estado debe atender para sancionar las violaciones a los derechos humanos.

A este conjunto de cuestiones iniciales responderá el primer Capítulo introductorio de este estudio; centrado en discriminar de la mejor forma posible el ámbito de aplicación de ambos regímenes de responsabilidad, y, de este modo, dejando sentadas las bases para el posterior devenir del trabajo.

La Parte I del libro enfrentará entonces el análisis pormenorizado de la responsabilidad internacional del individuo (Capítulos II a IV) y, a continuación, de las obligaciones derivadas de aquellos actos que siendo crímenes de derechos internacional también pueden ser calificados como violaciones a los derechos humanos (Capítulos V-VI). Dicho de otro modo, los primeros Capítulos se centrarán en el derecho internacional penal⁹, empezando por un esencial estudio de su desarrollo histórico –

⁸ La responsabilidad internacional del individuo hasta ahora se ha aplicado, como se verá, básicamente al ámbito de la responsabilidad penal, por ello, a lo largo del presente trabajo se hablará indistintamente de responsabilidad penal internacional del individuo y de responsabilidad internacional del individuo. Siendo visible cierto desarrollo en el campo de la responsabilidad civil se recurrirá a la distinción entre la responsabilidad internacional del individuo, en general, y la responsabilidad civil o penal, en particular, en aquellos puntos en que no hacerlo pudiera inducir a error.

⁹ Siendo posible encontrar en la doctrina diversas denominaciones para esta rama del derecho internacional, sostenidas, además, en distintas valoraciones sobre sus características e incluso sobre su propia existencia, en el presente trabajo se ha optado por la expresión “derecho internacional penal” para

clave en (y para) la propia aplicación del mismo-; mientras que los segundos pondrán su atención en las obligaciones existentes en el DIDH, comenzado con un examen que permita establecer el mismo concepto de violación a los derechos humanos pertinente para este trabajo.

Así, se completará el conjunto de obligaciones existentes a la hora de sancionar los crímenes de derecho internacional y, en su caso, las violaciones a los derechos humanos cometidos en el pasado.

Podrá llamar la atención que no se mencione específicamente en este punto el derecho internacional humanitario (DIH), pero sobre este particular han de advertirse tres cuestiones: En primer y decisivo lugar, en lo que aquí interesa el régimen de responsabilidad por las infracciones graves de las normas del DIH ha de entenderse incluido en el derecho internacional penal; lo que convierte esta cuestión en un aspecto transversal a todo el análisis. En segundo, la invocación del DIH exigiría el ingreso a un tema tan complejo, polémico, y discutido, como es el de la existencia de un conflicto armado; terreno en el que, en clara contradicción con la tendencia actual –en la que la “lucha contra el terrorismo” es la justificación estatal predilecta-, todos los países que aquí se estudian han tratado de alegar/utilizar, de un modo u otro, que se encontraban en un auténtica guerra, en un conflicto armado, contra la “subversión”, al tiempo que ni por asomo querían aplicar nada que se pareciese al DIH. En tercer lugar, con la singularidad, realmente parcial, de ciertos conflictos armados “internacionalizados”, la

hacer referencia a la rama del derecho internacional que regula aspectos penales de igual naturaleza, en detrimento de la denominación, ampliamente utilizada, de “derecho penal internacional” que considero más adecuada para encuadrar aquellas partes del derecho penal (interno) con incidencia o proyección internacional –en relación, básicamente, al objeto del que se ocupan-. Sobre el concepto de derecho internacional penal y sus posibles diferencias con el derecho penal internacional, véanse ALCORTA, C. A.: *Principios de derecho penal internacional*, t. I., Editorial Italia, Buenos Aires, 1931, págs. 9-13; BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 49 y ss., en especial pág. 50; BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, págs. 23-24; CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears – Tirant lo Blanch, Valencia 2005, págs. 25-26; GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 23-27; HENZELIN, M.: *Le Principe de L’Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Helbing & Lichtenhann, Bâle, 2000, págs. 9-11; HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 2, semana del 10 al 16 de enero, 2000, págs. 29-31; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 9-11; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitat, Madrid, 1996, págs. 211-212, así como la amplia bibliografía que recoge; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, t. I, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, en especial págs. 11-30; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Derecho internacional penal y derecho penal internacional”, en VV.AA.: *Pacis Artes...*, *op. cit.*, en especial págs. 575-587; RYU, P. K. y SILVING, H.: “International Criminal Law –A Search for Meaning–”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973; SCHWARZENBERGER, G.: “The problem of an International Criminal Law”, en MUELLER, G. O. W., y WISE, E. M. (eds.): *International Criminal Law*, New York University, Nueva York, 1965, en especial págs. 4-33. Una de las clasificaciones más singulares puede encontrarse en un trabajo de VIERIA en el que se distingue entre derecho internacional penal, derecho internacional interetático y derecho penal internacional. Cfr. VIEIRA, M. A.: *El Delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, págs. 17-25, 197-201.

realidad es que todos los posibles conflictos armados identificables fueron internos, lo que enfrenta al complicado problema de la responsabilidad internacional individual por el momento histórico en que los mismos se desarrollaron.

Si a las circunstancias expuestas se agrega, en cualquier caso, la ampliamente reconocida menor importancia, cuantitativa y cualitativa, de las infracciones graves del DIH que pudieran haberse cometido en el escenario geográfico de estudio, y la necesaria exclusión de algunas experiencias por su actual estado de desarrollo, podrá convenirse en que incorporar el análisis de estos comportamientos desde la perspectiva individualizada del DIH requeriría de un desarrollo teórico previo desproporcionado a los efectos de este trabajo. De este modo, aunque resultarán necesarias algunas menciones fundamentales sobre estas cuestiones, entiendo que sería un estudio con otro objeto el que debería estudiarlas en detalle.

Esta advertencia es aplicable igualmente a algunos otros aspectos que se examinan en los primeros Capítulos. Muchos de los puntos que se abordarán podrían ser objeto —y de hecho lo son— de estudios monográficos propios; teniendo que mantener entonces un difícil equilibrio en su análisis que permita identificar los puntos clave para este trabajo sin enredarse en otros que, aunque de gran importancia e interés general, no harían sino alejarlo de su objetivo declarado. En este sentido, lo relativo a la responsabilidad internacional civil del particular así como la propia aplicación jurisdiccional de la responsabilidad internacional del individuo son ejemplos excelentes, pues siendo esencial dejar establecidos los mecanismos para exigir la responsabilidad civil, los lineamientos básicos del principio de legalidad penal, de la aplicación retrospectiva del derecho internacional penal, o, como caso paradigmático, del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal, para comprender globalmente tanto las obligaciones internacionales pertinentes como el desarrollo de muchos de los procesos de transición que se recogerán, su estudio exhaustivo no haría más que dificultar el desarrollo completo del trabajo.

Una vez alcanzado el propósito de la primera Parte del estudio, la Parte II enfrentará el análisis de las transiciones habidas en el subcontinente americano, comenzando por fijar los conceptos teóricos necesarios, así como las características generales de los procesos de transición a examen, sin desatender tanto las pautas básicas de aplicación del derecho internacional a los mismos, como los cauces para intentar lograr que el ordenamiento jurídico internacional no se muestre como un conjunto normativo insensible a los problemas y dificultades que atraviesan los Estados considerados (Capítulo VII). A continuación, ante la imposibilidad material de analizar todas las transiciones experimentadas en la región, se pasará a justificar y realizar una selección representativa de los casos de estudio, que se examinarán con detenimiento inmediatamente (Capítulo VIII). En toda esta labor habrá de tenerse muy presente, en todo caso, que como ha reconocido un experto de la talla de Schmitter, a pesar de los

casi cincuenta casos de transición desde 1974, “*la transitología siempre será una ciencia muy imperfecta, muy inductiva y muy intuitiva*”¹⁰.

La cita reproducida sirve igualmente como introducción para aclarar otros dos aspectos importantes: En primer lugar, muchas de las reflexiones que se han realizado sobre este particular se restringen, en lo esencial, a lo que comúnmente se ha denominado como procesos de transición simples entre un régimen no democrático y uno democrático, consideración mayoritaria que al margen de complejos problemas como el mismo concepto de democracia, no debe oscurecer la existencia de otros procesos de transición simples (de la guerra a la paz), dobles (cuando ambos procesos ocurren simultáneamente), e incluso de procesos de transición dentro de regímenes que ya son aparentemente democráticos y que no presentan una situación abierta de conflicto armado (las llamadas “democracias en conflicto”). Aunque en este trabajo se aceptará la aproximación prioritaria a las transiciones simples que suponen un cambio de régimen político, también se prestará atención a los procesos de transición doble; excluyendo, no obstante, los casos en que sólo se dé un paso de la guerra a la paz, pues como ya se ha señalado tal cuestión requeriría de todo el vigor de un estudio básicamente centrado en el DIH. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que uno de los lugares comunes en la polémica sobre esta temática es la duración de un proceso de transición, discusión que en este trabajo sólo se abordará tangencialmente, en el entendimiento de que la elección de un concepto lo más amplio posible permitirá unas conclusiones más ajustadas a la realidad de los países que aquí interesan.

Los dos últimos Capítulos enfrentarán la recta final del estudio, esto es, la aplicación de todo el régimen jurídico internacional identificado a los procesos de transición que se analizan. A este respecto, resultará preciso comenzar confrontando las medidas adoptadas para sancionar los crímenes perpetrados con la normativa internacional vigente (Capítulo IX), para después abordar la exploración y evaluación jurídica de otras alternativas en atención a los problemas y retos cuantitativos, cualitativos, políticos, y temporales de todas estas transiciones (Capítulo X).

Así podrá concluirse presentando un escenario completo, que marcará los límites y posibilidades de toda política estatal que se adopte para afrontar el castigo de los crímenes cometidos en el pasado.

No quiero ni debo acabar estas “consideraciones previas” sin hacer una breve mención a las fuentes de este trabajo. El primer apunte evidente ha de referirse al marcado carácter normativo del presente estudio, que consecuentemente se ha plasmado en las fuentes de las que se ha nutrido. Siempre que ha sido posible, toda argumentación se ha fundamentado en fuentes de producción del derecho internacional; y es que, si bien el *soft law* abunda en un ámbito tan sensible como el aquí considerado, y aunque ha sido una guía de gran valía, se ha tratado de hacer un uso prudente del mismo, otorgando el mayor protagonismo a las normas y obligaciones

¹⁰ Vid. SCHMITTER, P. C.: “La Transitología: ¿ciencia o arte de la democratización?”, en BALLETBÒ, A. (ed.): *La consolidación democrática en América Latina*, Editorial Hacer, Barcelona, 1994, pág. 45.

claramente vigentes, así como, obviamente, a las diversas decisiones de órganos judiciales o quasijudiciales.

A este último respecto, la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha sido un referente ineludible en todos los aspectos pertinentes, resultando oportuno destacar, de otro lado, que la notable proliferación de órganos de naturaleza judicial o quasijudicial tanto en el campo del derecho internacional penal como, especial y fundamentalmente, en el del DIDH ha presentado dos aristas de naturaleza contradictoria; pues al tiempo que ha facilitado la fundamentación del análisis, ha obligado a una investigación lenta y laboriosa ante la enorme cantidad de decisiones a atender. Así, no habrá de extrañar la continua y abundante referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Internacional Penal para la ExYugoslavia (TPIYUG) y para Ruanda (TPIRW), las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com.IDH), el Comité de Derechos Humanos (Com.DH), y en menor grado, del Comité contra la Tortura, la Comisión de Derechos Humanos (CDH), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por no referir menciones más particulares a un gran número de otros órganos y organismos.

El insoslayable escrutinio de la práctica estatal también ha resultado tanto esencial como muy complejo, pues al gran número de casos y actos a considerar hay que añadir la constatable discordancia entre unas decisiones y otras, entre un momento temporal y otro, sobre todo en los Estados y experiencias objeto de este trabajo. En este orden de ideas, debo subrayar y agradecer la posibilidad de viajar, investigar, y vivir durante todos estos años en el mismo terreno, pues en caso contrario no habría sido posible ni conseguir la gran mayoría de la documentación necesaria ni valorarla en su justa medida. Aquellos países e instituciones que siempre me acogieron con cariño, desde Argentina a Estados Unidos de América, pasando por Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, México, Chile, Costa Rica, Panamá, Perú, y Uruguay, no sólo han sido clave para este trabajo, sino que me han enseñado más de lo que podría escribir, y sobre todo, me han permitido conocer a tanta gente maravillosa que hoy tengo la fortuna de contar entre mis amigos/as.

Mas no querría ingresar oficialmente en el terreno de los agradecimientos, pues mencionar a todas las personas a las que debo un sentido “gracias” me ocuparía más páginas de las que podría redactar –ni hablar de publicar–, si bien es de justicia dejar al menos constancia escrita de mi gratitud a la persona que dirigió todos mis pasos en el camino que me llevó hasta este trabajo, el Profesor Sánchez Rodríguez, así como a los que fueron miembros del Tribunal que con tanta generosidad juzgó lo que un día fue mi tesis doctoral, los Catedráticos Pastor Ridruejo, Pérez González, Remiro Brotons, Mariño Menéndez, y Quel López.

Acabaré entonces dedicando algunas líneas finales a completar lo apuntado al comienzo, esto es, la abundancia y heterogeneidad de fuentes de conocimiento sobre la temática que se aborda en este trabajo. Para cada uno de los apartados que conforman la Parte I existen numerosísimos trabajos doctrinales, cantidad que fue (y va) en continuo –y alarmante– descenso según avanza el análisis, con un abrumador repunte -

que no deja de aumentar en progresión casi geométrica-, en lo relativo a la Justicia Transicional, dentro de la cual pueden hallarse aportaciones desde todos los enfoques imaginables –aunque jurídicos los menos-. También geográficamente se hace patente el declive, y si al comienzo se encuentran análisis en todas las lenguas, en los últimos desarrollos los trabajos en inglés y castellano (del Continente americano) adquieren pleno protagonismo. Con todo, y aunque he tratado de incluir referencias bibliográficas lo más amplias posibles tanto para facilitar posteriores estudios como para poder completar aquello que aquí no se ha podido abordar, debo reconocer que al llegar a los Capítulos IX y X, y sobre todo el X, el embudo se torna de tal naturaleza que sólo es posible hallar unos pocos trabajos que han examinado lo que en ellos se contiene desde una perspectiva jurídica.

Por ello, y en resumen, este modesto trabajo tratará de aportar todo lo aprendido en estos años para mitigar, en la medida de lo posible, este vacío claramente advertible; inspirando tal labor, aun en “apropiación indebida”, en la máxima que allá por 1784 formulara el abate Masdeu: *“añadir novedad a las cosas antiguas, autoridad a las nuevas, esplendor a las desusadas, luz a las oscuras, placer a las fastidiosas y fe a las dudosas.”*

Con ello, debo reiterar, en ningún caso se pretenderá ofrecer una solución para todos los retos existentes en los procesos de transición, sino establecer los márgenes internacionalmente lícitos entre los que los Estados, sus sociedades, pueden escoger cuando se enfrenten a una cuestión tan compleja y difícil como la que hoy se materializa en este libro.

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

RESPONSABILIDAD

INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y

RESPONSABILIDAD

INTERNACIONAL DEL ESTADO

1) *Aproximación preliminar.*

A pesar de diversos antecedentes, la responsabilidad penal internacional del individuo, a veces denominada capacidad de obrar pasiva de la persona, tal y como hoy se concibe pareciera poco menos que impensable hace apenas un siglo. Un derecho internacional en el que, sentenciaba Anzilotti, la presencia de otros sujetos de derechos y obligaciones distintos de los Estados era simplemente inconcebible¹¹, dejaba poco margen a la sola existencia de reglas que impusieran obligaciones y deberes a los particulares; lo que desde determinadas interpretaciones llegaría a suponer tanto como admitir cierta subjetividad internacional del individuo a través de su responsabilización internacional¹².

¹¹ Véase, CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 25. Sin desconocer la amplia influencia de Anzilotti, es posible encontrar cierta matización a sus palabras en su opinión disidente a la opinión consultiva de la CPJI en el asunto de la *Consistencia de ciertos decretos legislativos de Danzig*, en tanto que en la misma critica que las tres minorías partes no pudieran participar activamente en el procedimiento más allá de presentar notas explicativas. Véase, *Consistencia de ciertos decretos legislativos de Danzig con la Constitución de la Ciudad Libre*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series A/B, N° 65, pág. 65.

¹² No siendo objeto específico del presente trabajo, sobre la compleja cuestión de la subjetividad internacional del individuo baste apuntar que en la doctrina se han defendido tesis completamente opuestas, desde negarle cualquier subjetividad internacional hasta afirmar que en realidad es el hombre el único sujeto de derecho (internacional); siendo que, a mi parecer, la esencia del problema se sitúa no en los sujetos sino en la propia definición del concepto de subjetividad internacional, y consecuentemente, en si éste es un concepto unitario o graduable, como apuntó la CIJ en el asunto *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* (cfr., asunto *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1949, pág. 178). Con todo, en el debate señalado parece existir una clara tendencia que a partir de la concepción clásica de que “*l’individu ne saurait étre sujet immédiat du droit international, et qu’il est seulement destinataire des dispositions de ce droit*” (vid. KRYLOV, S. B.: “Les notions principales du droit des gens”, en R. des C., núm. 70, 1947-I, pág. 448) progresivamente ha tendido hacia el reconocimiento cada vez más unánime de la subjetividad internacional del individuo, aun bajo la valoración de que aunque “*los individuos (...) estén considerados (...) sujetos del ordenamiento internacional (...) sólo logran asomarse al sagrado recinto de los Estados soberanos. Fuera de toda metáfora: se les atribuyen limitadísimos poderes y derechos*” (vid. CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 235); tendencia que, sin embargo, llega a veces hasta el extremo de sostener, al hilo de las previsiones DIDH, la identidad de la subjetividad internacional del Estado y del individuo (cfr. DAES, E-I.: *Status of the Individual and Contemporary International*

Del otro lado, autores clásicos como Suárez, Vitoria, Grocio, Pufendorf y Heffter, o más cercanos en el tiempo como Duguit, Jesé, Krabbe, Niemeyer, Politis, o Scelle, abogaban justamente por la tesis opuesta, en una pugna que a partir de los acontecimientos que sufrió Europa en la primera mitad del siglo XX, tomaría un rumbo sin retorno que terminaría por dar un radical giro a las palabras de Anzilotti.

Las concepciones clásicas del derecho internacional que exponía la CPJI, esto es, la idea de que el ordenamiento jurídico internacional solamente regula relaciones entre Estados¹³, o dicho de forma más severa, que en atención a un principio bien establecido un acuerdo internacional como tal no puede reconocer derechos ni imponer obligaciones a los particulares¹⁴, tendrían que convivir, al menos desde entonces, con otra afirmación tajantemente expresada por el Tribunal Militar Internacional (TMI)¹⁵ de Nuremberg en su ya famosa sentencia de 1 de octubre de 1946:

"It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign States, and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected."

Law: Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional, and International Levels, Human Rights Series 4, Centre for Human Rights, Ginebra, 1989, págs. 58 y ss). Por su parte, cabe destacarse, autores como Eustathiades han puesto el acento justamente en la responsabilidad internacional del particular, "en su capacidad para delinquir", como elemento clave de su subjetividad internacional (cfr. EUSTATHIADES, C. TH.: "Les sujets du Droit international et le responsabilité internationale. Nouvelles tendances", en *R. des C.*, núm. 84, 1953-III, en especial págs. 415-428); si bien, otros destacados autores, como Abellán Honrubia, han aclarado que: "la norme attribuant la responsabilité internationale à l'individu n'implique pas sa reconnaissance comme sujets de droit international" (vid. ABELLÁN HONRUBIA, V.: "La responsabilité internationale de l'individu", en *R. des C.*, núm. 280, 1999, pág. 198). Para una primera visión sobre las distintas posiciones en este tema, puede consultarse BARBERIS, J. A.: *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 17-35; GOBBI, H. J.: "El sujeto en el derecho internacional contemporáneo", en *AHLADI*, vol. 2, 1963; KOROWICZ, M. ST.: "The Problem of the international personality of individuals", en *AJIL*, vol. 50, núm. 3, 1956. Un trabajo interesante sobre los primeros pasos del desarrollo mencionado puede encontrarse en MANNER, G.: "The Object Theory of the Individual in International Law", en *AJIL*, vol. 46, 1952. Para una perspectiva más amplia sobre toda esta cuestión, ARANGIO-RUIZ, G.: *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Cooperativa Libreria Universitaria, Bolonia, 1972; MENON, P. K.: "The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine", en *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 1, 1992; SPERDUTI, G.: "L'individu et le droit international", en *R. des C.*, núm. 90, 1956-II.

¹³ Cfr. *Asunto Lotus*, P.C.I.J. Series A, N.º 10, pág. 18. Nótese, en todo caso, que el propio órgano que emite esta decisión lo hace en el seno de un ente que, ya en ese momento, gozaba de subjetividad internacional.

¹⁴ Cfr. *Asunto de la Competencia de los Tribunales de Dantzíg*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N.º 15, pág. 17.

¹⁵ Valga adelantar que la definición de tribunales internacionales tanto del conocido como Tribunal de Nuremberg como del denominado Tribunal de Tokio no deja de ser problemática. En este sentido, algunos autores han sostenido que sería más adecuado hablar de tribunales multilaterales, ya que respondían sólo a la determinación de un reducido número de Estados. Ésta es la opinión sostenida, como se verá, por el "First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991", que, no obstante, es rebatida por otra parte de la doctrina. En todo caso, siendo prácticamente unánime el uso del calificativo de "internacional" para referirse a ambos tribunales, mantendré la misma para evitar cualquier confusión. En cuanto al calificativo de tribunales militares, el mismo responde a su competencia *ratione materiae*, y no así a su composición que, por ejemplo en el caso del TMI de Nuremberg, fue plenamente civil con la excepción de los miembros designados por la antigua Unión Soviética.

*That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon states has long been recognized (...) individuals can be punished for international law. Crime against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced (...). The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state*¹⁶.

En este sentido, el definitivo reconocimiento de la trascendencia jurídica internacional de ciertos actos realizados por el particular, o dicho de otro modo, la posibilidad de ser tenido como internacionalmente responsable por la comisión de “crímenes contra el derecho internacional” (“*crimes against international law*”), junto con los avances en el campo de la capacidad activa de obrar, han sido considerados por algunos autores como una auténtica revolución jurídica que modificó en su base el propio derecho internacional¹⁷, o que, sin llegar a tanto, al menos lo transformó en un ordenamiento jurídico mucho más “civilizado y humanizado”¹⁸; otros estudiosos, sin embargo, han sostenido que si bien estos hechos han supuesto cambios en la esencia y aplicación del derecho internacional no han alterado su propia naturaleza¹⁹.

No obstante, y al mismo tiempo, algunos autores han mantenido que en realidad no es adecuado afirmar la existencia de una verdadera responsabilidad internacional del particular, en tanto que la responsabilidad, como tal, no abandona nunca el campo inter-estatal; siendo que lo que es propio de la llamada “responsabilidad internacional del individuo” no es más que la imposición a los Estados de una serie de obligaciones de persecución y sanción que en definitiva terminan dirimiéndose en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Desde este enfoque, por tanto, lo único

¹⁶ Vid. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal: Proceedings Volumes (Blue Series)*, vol. XXII, págs. 465-466. Puede encontrarse una versión electrónica de los textos de los Juicios de Nuremberg en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt.htm>.

¹⁷ Así por ejemplo, Quintano Ripollés califica como una “*revolucionaria innovación*” la admisión de la responsabilidad internacional del individuo (cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pág. 186); en sentido similar, Sorensen, aunque se muestra muy cauteloso en el momento de redacción de su trabajo respecto al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, conviene en que “*d’une manière générale, il est indiscutable que la reconnaissance de l’individu comme sujet de droit international (...) modifierait radicalement la structure traditionnelle du droit inter-étatique.*” Vid. SORENSEN, M.: “Principes de Droit International Public”, en *R. des C.*, núm. 101, 1960-III, pág. 144. Del otro lado, la posibilidad de los individuos de acceder a la justicia internacional ha sido considerada como “*quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX.*” Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pág. 17.

¹⁸ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de...*, op. cit., págs. 13, 15, y 158-160. Sobre este particular, otro destacado especialista ha concluido que el derecho internacional ha pasado de un ordenamiento de simple regulación hacia un instrumental jurídico sobre todo de libertación del ser humano. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004, pág. 32 (las ponencias están disponibles en un disco compacto editado por el propio Instituto).

¹⁹ Cfr. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2003, pág. 5; BARBOZA, J.: “International Criminal Law”, en *R. des C.*, núm. 278, 1999, págs. 24-26; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., págs. 38-41; KOROWICZ, M. ST.: “The Problem of...”, op. cit., pág. 536, 542; ROSSENE, SH.: “General Course on Public International Law”, en *R. des C.*, núm. 291, 2001, págs. 289-292; SUNGA, L. S.: *Individual...*, op. cit., págs. 154-156.

que activaría una auténtica responsabilidad internacional sería el incumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados, pero no el comportamiento del particular considerado de forma aislada²⁰.

Sin ánimo de entrar en una disquisición como ésta, que en realidad escapa a los objetivos de este trabajo, cabría señalar al menos que a mi entender no es aconsejable aplicar automáticamente a la responsabilidad internacional del individuo los mismos patrones de análisis clásicos de la responsabilidad internacional del Estado, y a este respecto conviene recordar que como ha apuntado la Corte IDH:

“... el derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho (...) lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica de que el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados”²¹.

No hay que confundir, por ello, los mecanismos o procedimientos que se disponen para hacer realidad, para exigir, esta responsabilidad con la propia naturaleza de la misma, resultando que –al margen de instituciones como los distintos tribunales penales internacionales– el hecho de que sean los distintos tribunales internos los que deban materializar esta responsabilidad no es óbice para afirmar que la misma tiene su origen en el consenso estatal plasmado en una norma de derecho internacional; esto es, que tiene una naturaleza internacional. Junto a ello, aunque exista una obligación internacional para los Estados de tomar las medidas necesarias en sus ordenamientos internos para hacer posible el enjuiciamiento y castigo de los responsables de actos contrarios al derecho internacional –cuyo incumplimiento comprometería su responsabilidad internacional–, esta circunstancia no soslaya que estos particulares son responsables, precisamente, porque sus conductas violan obligaciones internacionales de las que han de responder, ya sea ante un tribunales nacional o internacional.

Desde este posicionamiento, y sin negar las notables modificaciones que ha supuesto el advenimiento del particular a la esfera del derecho internacional, respecto a la magnitud de las mismas considero más ajustada la segunda de las posiciones reseñadas, ya que, en mi opinión, para poder suscribir la caracterización revolucionaria de la primera tesis sería necesario ampliar el ámbito de análisis, refiriéndolo no sólo al campo de la subjetividad internacional del particular, sino a todo el desarrollo del DIDH a partir, al menos, de la Carta de las Naciones Unidas, y además hacerlo desde una interpretación extensiva. En realidad, en el momento actual de desarrollo del ordenamiento jurídico internacional, como bien recuerda Rosenne, lo cierto es que aunque el derecho internacional reconoce derechos e impone obligaciones a los

²⁰ Cfr. CONDORELLI, L.: “L’imputation à l’État d’un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances”, en *R. des C.*, núm. 189, 1984-VI, págs. 93-116. En sentido similar, aunque a mi entender con ciertas contradicciones en su argumentación, BARBERIS, J. A.: *Los sujetos...*, *op. cit.*, en especial págs. 184-190.

²¹ *Vid.* Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 14, párr. 52. Resulta también interesante consultar la opinión disidente del Juez Rodríguez en el caso *Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 25 de junio de 1999, n.º. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/trialc/judgement/ale-tdojrod990625e.htm>, párrs. 50-53.

particulares, ello es siempre el resultado de un acuerdo entre Estados; siendo que tanto la responsabilidad de cumplir esos acuerdos, como la responsabilidad en caso de incumplimiento, así como los mecanismos establecidos para hacer efectivas una u otra, corresponden a los Estados, salvo en aquellos casos en que éstos han convenido otras posibilidades, alternativas o vías²².

En cualquier caso, lo que resulta más importante a los efectos de este trabajo es centrar la atención en un asunto que introduce, directamente, la cuestión anterior, y que es preciso abordar desde un comienzo: la distinción entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo.

Aunque a veces confundidos, ambos haces de responsabilidad son diferentes: La responsabilidad internacional del Estado, considerada como elemento fundamental de la efectividad del propio derecho internacional, viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento, ya sea una acción o una omisión²³, de un Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional determinada. Esa falta de conformidad, atendible sólo sobre la base del derecho internacional²⁴, será lo que dará lugar a las relaciones jurídicas nuevas que se engloban bajo la denominación general de responsabilidad internacional; siendo sus elementos constitutivos la atribución del hecho a un Estado sobre la base del derecho internacional²⁵ y la violación de una obligación internacional, con independencia de su origen o naturaleza²⁶; y sus consecuencias, la reparación, como obligación principal,

²² Cfr. ROSSENE, SH.: "General Course on...", *op. cit.*, pág. 40. En el mismo sentido, KOROWICZ, M. ST.: "The Problem of...", *op. cit.*, pág. 561.

²³ Véanse, entre otros, *Estrecho de Corfú* (Reino Unido v. Albania), fondo, I.C.J. Reports 1949; *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos de América v. Irán), I.C.J. Reports 1980.

²⁴ Véanse, entre otras, los asuntos del *Tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polaca en el territorio de Danzing*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series A/B, N°. 44; *asunto Lotus*, P.C.I.J. Series A, N°. 10; *Vapor Wimbledon*, P.C.I.J. Series A, N°. 1; *Comunidades greco-bulgaras*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N°. 17; *Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Order, P.C.I.J. Series A, N°. 24. Consúltense, igualmente, las sentencias de la CIJ en los asuntos *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1949; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América v. Italia), I.C.J. Reports 1989.

²⁵ Cfr., artículos 4 a 11 del "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura en su 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001 (en adelante, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado).

²⁶ Cfr., artículos 12 a 15 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Ha de aclararse que el daño no es un elemento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito, y junto a ello, es importante destacar que tampoco se recoge ninguna exigencia en cuanto al comportamiento culpable del Estado; y es que la responsabilidad internacional está fundada en la "responsabilidad objetiva" del Estado y no en la culpabilidad, si bien es cierto que esta circunstancia sí juega un cierto papel en algunos casos, y con particular relevancia en lo relativo al monto de la reparación/indemnización. Desde esta pauta general, conviene apuntar no obstante que en el ámbito geográfico de este trabajo la Corte IDH ha manejado recientemente el concepto de "responsabilidad internacional agravada", en el que entre otras consideraciones se valora la intencionalidad o culpabilidad estatal a la hora de establecer el tipo y/o cuantía de la reparación; abogando, a la postre, explícita o implícitamente por una responsabilidad internacional del Estado que no sea exclusivamente civil pero tampoco totalmente penal. Véase, por ejemplo, *caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 105, en

junto con la cesación y la garantía de no repetición²⁷. La responsabilidad internacional del particular, sin embargo, surge sólo en supuestos excepcionales en los que determinadas normas de derecho internacional prevén explícitamente la trascendencia internacional de concretas conductas del individuo, en las que además es precisa la existencia de un comportamiento culpable; estableciéndose, igualmente, una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo consecuencias principalmente de índole penal las que, en última instancia, atañen al individuo que con esa conducta o conductas incumpla los deberes que emanan de esta clase de normas²⁸.

Es posible encontrar un buen ejemplo de este carácter diferenciado de ambas responsabilidades, de un lado, en el documento de referencia en el campo de la responsabilidad internacional del Estado, el ya citado Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo artículo 58 señala que: “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*”; y del otro, en el instrumento jurídico más reciente en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁹, cuyo artículo 25.4 aclara que: “*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*”.

El último conflicto de la ex-Yugoslavia ha ofrecido, por su parte, un ejemplo práctico de esta diferenciación. En relación con los hechos acaecidos en el mismo, en particular el genocidio perpetrado entre 1992 y 1993, la CIJ, a demanda de Bosnia-Herzegovina, ordenó que:

“(…) pending its final decision in the proceedings instituted on 20 March 1993 by the Republic of Bosnia and Herzegovina against the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), the following provisional measures:

A. (1) Unanimously. The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should immediately, in pursuance of its undertaking in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide;

(2) By 13 votes to 1. The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should in particular ensure that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control,

especial el voto razonado del juez Cançado Trindade; *caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 101, en especial el voto razonado del juez Cançado Trindade. Consúltase, en la doctrina, CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Complementary between state responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: The crime of state revisited”, en RAGAZZI, M. (ed.): *International responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2005. Esta cuestión será retomada en las próximas páginas del trabajo.

²⁷ Véanse, entre otras, los asuntos *Fábrica de Chorzów, competencia*, P.C.I.J., *Series A*, N.º 9; *Fábrica de Chorzów, fondo*, P.C.I.J., *Series A*, N.º 17; *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*, fondo, I.C.J. Reports 1999; *Rainbow Warrior*, R.S.A., vol. XX.

²⁸ Para un análisis de todos estos elementos, consúltase apartado 1) del capítulo III.

²⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en BOE de 27 de mayo de 2002.

*direction or influence, do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, or of complicity in genocide, whether directed against the Muslim population of Bosnia and Herzegovina or against any other national, ethnical, racial or religious group...*³⁰.

Estas medidas provisionales fueron tomadas por la Corte sobre la base de las obligaciones derivadas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio³¹, ratificada por ambos Estados; de ahí que desde esta primera perspectiva un crimen de genocidio pueda comprometer la responsabilidad del Estado, tal y como reafirmó, con intención aclaratoria, la propia Corte en su decisión de 11 de julio de 1996³². Sin embargo, lo anterior no obsta para que ese mismo crimen de genocidio genere la responsabilidad internacional de los individuos que lo cometieron, y así que el TPIYUG³³, establecido precisamente para perseguir, entre otros, los crímenes de genocidio cometidos en el espacio geográfico y temporal objeto de las decisiones de la CIJ, prevea en el artículo 4 de su Estatuto³⁴ que:

“1. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido genocidio, tal cual está definido en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo.

2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzados de niños del grupo a otro grupo.

3. Los siguientes actos serán castigados: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.”

De esta forma, un texto internacional como es el Estatuto del TPIYUG establece la responsabilidad individual de aquéllos que hayan planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar una serie de actos definidos como genocidio³⁵, actuaciones que,

³⁰ Vid. *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, medidas provisionales, I.C.J. Reports 1993, párr. 52.

³¹ Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, en BOE de 21 de octubre de 1978 (corrección de errores en BOE de 14 de noviembre); véase especialmente el artículo IX, y el más ambiguo artículo VIII.

³² Cfr. *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, excepciones preliminares, I.C.J. Reports 1996, párr. 32.

³³ Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, establecido por la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones 827 (1993), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/827, 25 de mayo de 1993.

³⁴ El Estatuto fue adoptado por la Resolución del Consejo de Seguridad 827 de 25 de mayo de 1993, y reformado por las Resoluciones 1166 de 13 de mayo de 1998, 1329 de 30 de noviembre de 2000, 1411 de 17 de mayo de 2002, 1431 de 14 de agosto de 2002 y 1481 de 19 de mayo de 2003.

³⁵ Véase artículo 7.1 del Estatuto del TPIYUG. Para no hacer excesivamente tedioso el desarrollo expositivo en esta parte, de aquí en adelante me referiré genéricamente a los sujetos que cometen un crimen

como señaló la CIJ, además pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado; extremo reconocido, de igual modo, por el propio TPIYUG ya desde el primer caso visto ante esta jurisdicción³⁶.

2) El porqué de la confusión entre ambos haces de responsabilidad.

2. a) Vías de confusión basadas en los sujetos implicados y en el comportamiento del Estado.

El ejemplo anterior muestra con claridad cual es el principal ámbito en que la confusión entre ambos tipos de responsabilidad puede llegar a presentarse; posibilidad que, en cierto modo, encontraría también sustento en las consideraciones de varios especialistas, para quienes crímenes como los que aquí ocupan requerirían necesariamente de la participación estatal³⁷.

Ahora bien, siendo cierto que la naturaleza de los actos por los que se imputa responsabilidad internacional al individuo (piénsese en los ejemplos arquetípicos como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad), conlleva muy frecuentemente la intervención de estructuras organizativas complejas dotadas de una abundancia de medios tal que suelen ser los propios Estados los sujetos típicos capacitados para su comisión, no es menos cierto que esta participación estatal en la perpetración directa del crimen no es *per se* necesaria en todos los casos.

Con independencia de las consideraciones fácticas, es posible identificar determinados crímenes jurídicamente configurados bajo la exigencia de participación de sujetos-órganos del Estado, como por ejemplo el crimen de tortura -al menos si es cometido en ausencia de conflicto armado, tal y como ha puntualizado el TPIYUG en el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*³⁸-, cuya tipificación convencional presenta

de derecho internacional, sin desglosar las distintas formas de autoría y participación –salvo que ello sea imprescindible–; cuestión que será estudiada en el apartado 1. b) del capítulo III.

³⁶ Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, en especial párr. 606.

³⁷ Véase, por ejemplo, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 294-295. Una opinión más matizada puede encontrarse en ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Impunidad de violaciones de los derechos humanos fundamentales en América Latina: Aspectos jurídicos internacionales”, en VV.AA.: *Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1993, pág. 199.

³⁸ Cfr. *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 483-489, 493, 494-496. La opinión anterior del Tribunal puede encontrarse en *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n.º IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>,

como exigencia que los “dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”³⁹. De igual modo, habría que referirse al crimen de agresión, en el cual, tradicionalmente, es necesario el concurso de Estados; lo que a los efectos de este trabajo, supone que los individuos que participen en el mismo han de ser siempre sujetos-órganos del Estado, con el requisito suplementario de que deben ocupar una posición y responsabilidad política elevadas, o dicho de otro modo, deben poseer la autoridad o poder precisos para encontrarse en una posición potencialmente decisiva en la comisión de un crimen de agresión⁴⁰.

Junto a ello, pueden encontrarse ciertos crímenes en los que la participación de sujetos cuyo comportamiento sea atribuible a un Estado se presenta como aparentemente necesaria, en atención al actual desarrollo del derecho convencional. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)⁴¹ prevé en su artículo 2 la exigencia de que este crimen sea cometido por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; si bien, habrá de advertirse que el “Anteproyecto de Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, tras recoger la misma definición que la de la Convención Interamericana, señalaba que ella debía entenderse “*sin perjuicio de cualquier otro instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance, en particular en lo referente a las desapariciones forzadas cometidas por grupos o individuos no incluidos en el párrafo 1 del presente artículo*”⁴². Aunque esta mención explícita ha sido suprimida en la final redacción de este texto –cuyo artículo 2 mantiene una definición idéntica a la de la CIDFP–, y con independencia de lo que pueda deducirse de la mención genérica de su actual artículo 37, este proyecto definitivo ha terminado con incluir un nuevo precepto en el se dispone:

párrs. 459-496; *Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, especialmente párrs. 160-161.

³⁹ *Vid.*, art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Nótese que la misma afirmación no es del todo sostenible sobre la base del artículo 3 de la Convención Interamericana para la Prevención y la Sanción de la Tortura. Esta cuestión se retomará en el siguiente capítulo.

⁴⁰ A este respecto, véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 2 al artículo 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en segunda lectura, en su 48º período de sesiones, por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/ L .532, de 8 de julio de 1996, en *Annuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, segunda parte (en adelante cuando me refiera al Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad será a esta versión de 1996, salvo que especifique lo contrario).

⁴¹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará el 9 de junio de 1994, en SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003. A enero de 2006, sólo doce de los Estados de la Organización de los Estados Americanos son Partes en la Convención.

⁴² *Vid.* Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1998/WG.1/CRP.2/Rev.2, de 17 de agosto de 1998, art. 1.2.

“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 cometidas por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”⁴³.

Pero al margen de lo anterior, lo cierto es que la exigencia de participación estatal no es predicable, *in genere*, respecto a todos los “crímenes contra el derecho internacional”; y ni tan siquiera en relación con los crímenes que presentan una relación estrecha con, en sentido amplio, los derechos humanos⁴⁴. Ya lo dispuesto en la Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio invita a aceptar esta conclusión, en tanto que a tenor de su artículo IV: “*Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*”⁴⁵; de igual modo, si se atiende a los crímenes de guerra⁴⁶ el propio concepto de combatiente sobre el que se sustentan⁴⁷ refuerza una conclusión que, de otro lado, ha de mantenerse si se lee detenidamente lo establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad:

“Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...)

*2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, **de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política**”⁴⁸.*

⁴³ *Vid.* Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005, artículo 3.

⁴⁴ Sobre la clasificación de las conductas englobables bajo la denominación de “crímenes contra el derecho internacional”, véase el apartado siguiente, así como el apartado 1. a) del capítulo II. Sobre la relación entre las violaciones a los derechos humanos y los crímenes de derecho internacional, consúltase el capítulo V.

⁴⁵ Téngase presente en este sentido lo explicitado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, sentencia de 1 de junio de 2001, n.º ICTR-95-1-A, en <http://www.ictt.org/default.htm>. Para una conclusión distinta, GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 201-203.

⁴⁶ Anótese que a los efectos de este trabajo, resulta más adecuado utilizar la expresión de “infracciones graves” (de, por ejemplo, los Convenciones de Ginebra de 1949), si bien, todas estas infracciones constituyen lo que se conoce como crímenes de guerra; lo que no quiere decir que todos los crímenes de guerra sean igualmente encuadrables bajo el concepto de “infracciones graves” en el sentido de estos Convenios y del Protocolo Adicional I.

⁴⁷ Sin perjuicio de lo que se verá en el siguiente capítulo, para una primera aproximación al mismo véase DOMÉNECH OMEDAS, J. L.: “Los sujetos combatientes”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coordinador): *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Resulta oportuno recordar al menos en este punto que al margen de las Fuerzas Armadas como tales, con vistas a atribuir el comportamiento de grupos armados de combatientes a un Estado el punto clave es no su situación o condiciones personal, sino el control efectivo que sobre ellos posea el Estado. En este orden de ideas, es mención obligada lo señalado por la CIJ en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, en especial párr. 115.

⁴⁸ La negrita es mía. En lo relativo a esta previsión ha de tenerse en cuenta lo aclarado por el TPIYUG en caso *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, sentencia de 14 de enero de 2000, n.º IT-95-16, en <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 555; así como en caso *Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 654.

Independientemente del tipo concreto de crimen considerado, resulta entonces más adecuado construir la responsabilidad internacional del individuo señalando que es el particular, sea quién sea éste, actúe en la calidad que actúe, el que recae en ella, teniendo que atender tan sólo, y en su caso, a la exigencia de algún requisito adicional para el crimen concreto que se esté analizando. Lo que impide convenir en que, en la práctica, son sujetos con calidad de órganos del Estado⁴⁹ los que mayoritariamente acaban encontrándose como responsables del tipo de crímenes que comprometen esa responsabilidad internacional particular.

La circunstancia manifestada puede valorarse como el motivo por el que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad parece referirse, en general, a la responsabilidad de los individuos-órganos del Estado⁵⁰, y es igualmente la razón que lleva a algunos autores a considerar la aplicación de la responsabilidad internacional del particular como algo prácticamente irrealizable en atención a determinadas interpretaciones -prácticas y teóricas- de los principios de igualdad soberana y no intervención⁵¹; pero, reitérese, ambas cuestiones no deben oscurecer una realidad que ya se afirmara en el *caso Flick*:

*“Acts adjudged criminal when done by an officer of the government are criminal also when done by a private individual. The guilt differs only in magnitude, not in quality. The offender in either case is charged with personal wrong and punishment falls on the offender in propria persona”*⁵².

En realidad, este particular es especificado por la propia Comisión de Derecho Internacional (CDI) en sus Comentarios al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, al reafirmar que su artículo 3 establece el principio general según el cual todo el que comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es responsable de ese crimen, poniendo de manifiesto a continuación

⁴⁹ Ya sea de forma directa, esto es, sujetos que actúan en calidad de órganos del Estado, ya sean sujetos cuyo comportamiento puede atribuirse en última instancia al Estado. Teniendo presente lo mencionado en anteriormente, debe tenerse en cuenta que la atribución de responsabilidad internacional plantea algunos problemas fundamentales que se ven potenciados por distintas medidas tomadas, entre muchos otros, por los países objeto de este trabajo. Así, el recurso a los tristemente célebres “escuadrones de la muerte”, o la implicación de grupos civiles -como por ejemplo las Patrullas de Autodefensa Civil guatemaltecas de la década de 1980 en adelante- pueden enmarcarse justamente entre los mecanismos utilizados por estos Estados para eludir la responsabilización directa por los crímenes cometidos (para más datos, véase la segunda parte de este estudio). De cualquier modo, estos casos se encuentran ya plenamente recogidos en diversas disposiciones del derecho internacional, quedando bien establecidas una serie de normas en este ámbito (en especial, véanse los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado). Resulta conveniente consultar, de igual modo, la detallada argumentación de la sala de apelaciones del TPIYUG sobre este particular en el *caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 15 de julio de 1999, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>, párrs. 117-145.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 5, 6 y 7 del Proyecto.

⁵¹ Así, por ejemplo, se declara Bennouna. Cfr. BENNOUNA, M.: “La Création d’une Jurisdiction Pénale Internationale et la Souveraineté des États”, en *AFDI*, vol. XXXVI, 1990, págs. 303-304.

⁵² *Vid. Caso Flick*, *The United States Of America v. Friedrich Flick, Otto Steinbrinck, Odilo Burkart, Konrad Kaletsch, Bernhard Weiss, and Hermann Terberger*, en *Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. VI, pág. 1192. En el mismo sentido, véase la decisión del *caso Krupp*, *The United States Of America v. Alfred Krupp et al.*, en *Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. IX (versión electrónica en <http://www.mazal.org/NMT-HOME.htm>).

precisamente la circunstancia subrayada, esto es, que ciertamente un acto por el cual un individuo puede ver comprometida su responsabilidad internacional puede ser igualmente atribuido a un Estado si el individuo actuó en calidad de agente del Estado, en nombre del Estado, o como un agente de *facto* del mismo. Por ello, en la línea de lo ya indicado, el artículo 4 del Proyecto de Código prevé que la responsabilidad internacional del individuo que en él se establece, se regula sin perjuicio de la posible responsabilidad internacional del Estado por los mismos actos⁵³; aspecto general sobre el que, apúntese al menos, habrá que estar especialmente vigilante si se abren paso algunas de las valoraciones que parecieron ser deslizadas por la CIJ en su *obiter dictum* en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000* respecto a la calidad privada de las actuaciones tendentes a la comisión de un crimen de derecho internacional⁵⁴.

Hay que concluir entonces, al margen de las consideraciones sobre la aplicación de este principio –que serán abordadas más adelante–, que en los casos en que el comportamiento del particular no sea atribuible al Estado no habrá lugar para la confusión entre ambos tipos de responsabilidad, pues sólo la responsabilidad internacional del individuo será la activada⁵⁵, mientras que cuando se esté ante “crímenes contra el derecho internacional” cometidos por individuos-órganos del Estado, o atribuibles a él, habrá de atenderse adicionalmente a la existencia de obligaciones estatales que proscriban ese tipo de crímenes, resultando, en tal caso, que un mismo hecho o conjunto de hechos comprometería/n la responsabilidad, de un lado, del particular que los comete, y del otro, del Estado al que es posible atribuir ese comportamiento⁵⁶.

En el ámbito geográfico de este trabajo esta conclusión es similar a la que ha llegado la Corte IDH en varias ocasiones⁵⁷; y en el ámbito universal, es un excelente ejemplo de la segunda posibilidad expuesta el Protocolo I a las Convenciones de

⁵³ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 2 al artículo 3 y Comentario 4 al artículo 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁵⁴ Cfr., *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J. Reports 2002, en especial párrs. 55 y 61. Sobre este último particular, véase la opinión disidente del juez Van Den Wyngaert, en especial párr. 36. En la doctrina, CASSESE, A.: “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, en *EJIL*, vol. 13, n.º. 4, 2002, págs. 866-870; SPINEDI, M.: “State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?”, en *EJIL*, vol. 13, n.º. 4, 2002.

⁵⁵ Son clásicos ejemplos de lo anterior el enjuiciamiento, finalmente suspendido por el estado mental del acusado, de Gustav Krupp von Bohlen und Halbach por el TMI de Nuremberg, sujeto que en ningún caso podría considerarse funcionario u órgano del Estado, así como los procesos contra los industriales alemanes en los casos *Flick*, *I. G. Farbenindustrie* y *Krup* ante los tribunales militares norteamericanos establecidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Para más datos, véase apartado 1.c) del capítulo II.

⁵⁶ En sentido inverso resulta interesante la puntualización realizada por Ushakov al hilo de las discusiones sobre la elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1983, pág. 23.

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 14, párrs. 56 y 57.

Ginebra de 1949⁵⁸, en el que además de reconocerse la responsabilidad internacional del particular por las infracciones graves de sus disposiciones⁵⁹, en su artículo 91 se dispone expresamente que la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del Protocolo será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas⁶⁰.

Desde otra perspectiva es posible hallar otro campo de confusión en potencia entre ambos tipos de responsabilidad, si se tiene presente que la entidad de estos crímenes hace que, en algunos casos, si bien no es posible identificar una acción atribuible a un Estado, sí puede existir una omisión en su deber de prevenirlos, impedirlos y/o evitarlos. Las circunstancias que padece Colombia ofrecen un buen ejemplo de este tipo de situaciones, que podrían resumirse siguiendo lo expuesto por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias, esto es, situaciones en que los grupos paramilitares actúan estrechamente vinculados con elementos de las Fuerzas Armadas y de la policía; según el Relator, la realidad es que la mayoría de los asesinatos y matanzas perpetrados por los grupos paramilitares ocurren en zonas muy militarizadas, por donde pueden desplazarse con facilidad y cometer sus asesinatos impunemente, mientras que militares o policías fingen no percatarse de sus acciones o las apoyan concediendo salvoconductos o impidiendo las investigaciones. Así, concluye el Relator Especial a través de un caso particular, cuando ocurrió la matanza de La Rochela, el Director del Departamento Nacional de Investigaciones Criminales declaró que lo más preocupante era que las investigaciones que dirigía revelaban cada vez más pruebas de indulgencia, tolerancia y apoyo para con los grupos paramilitares por parte de miembros de la policía y del ejército⁶¹.

Ahora bien, en este punto es preciso hacer una matización importante en tanto que en determinadas circunstancias la propia omisión del deber de prevenir ciertos crímenes compromete directamente la responsabilidad internacional del particular culpable de tal omisión. Tal y como especificara el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en la célebre causa contra el General Tomoyuki Yamashita:

"It is evident that the conduct of military operations by troops whose excesses are unrestrained by the orders or efforts of their commander would almost certainly result in violations which it is the purpose of

⁵⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en BOE de 26 de julio de 1989. A enero de 2006, ciento sesenta y dos son Estados Partes del Protocolo (sesenta y ocho han realizado la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta).

⁵⁹ Véase el artículo 85 del Protocolo. Para más datos, consúltase el apartado 1. c) del capítulo II.

⁶⁰ El artículo 3 de la IV Convención de la Haya de 1907 contenía una formulación similar, pero no así respecto a la responsabilidad internacional del individuo, particular que no se recogía en ninguna de sus disposiciones. Sobre esta cuestión, además de lo que se verá, consúltase SASSÒLI, M.: "La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario", en *RICR*, N° 846, 2002.

⁶¹ Cfr. RELATOR ESPECIAL SOBRE EJECUCIONES SUMARIAS O ARBITRARIAS: "Informe del Relator Especial Sr. S. Amos Wako, de conformidad con la Resolución 1988/38 del Consejo Económico y Social, sobre la visita a Colombia realizada por el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias (11 a 20 de octubre de 1989)", Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1990/22/Add.1, 24 de enero de 1990, párr. 63.

the Law of War to prevent. Its purpose to protect civilian populations and prisoners of war from brutality would largely be defeated if the commander of an invading army could with impunity neglect to take reasonable measures for their protection. Hence the Law of War presupposes that its violations is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates (...).

These provisions plainly imposed on petitioner, who at the time specified was military governor of the Philippines, as well as commander of the Japanese forces, an affirmative duty to take such measures as were within his power and appropriate in the circumstances to protect prisoners of war and the civilian population. This duty of a commanding officer has heretofore been recognised, and its breach penalised by our own military tribunals”⁶².

Sería también oportuno adelantar en este punto lo dispuesto, entre otros⁶³, por el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, resultando que en estos casos, incluidos comúnmente bajo el “principio de responsabilidad de mando” o “responsabilidad funcional” -en una formulación más correcta “responsabilidad del superior”-, se estaría en inicio ante un conjunto de hechos que comprometería la responsabilidad internacional de los que directamente comenten (u ordenan, etc.) el acto junto con la responsabilidad internacional, en su caso, del superior que en clave de omisión tolera tal comportamiento en las circunstancias recogidas⁶⁴.

Con todo, y dejando de lado la posibilidad de atribuir directamente los comportamientos de los grupos paramilitares colombianos al propio Estado, o de poder considerar a esos mismos grupos como subordinados de determinados mandos militares colombianos, la situación reseñada podría suponer a la postre la responsabilidad internacional del particular o particulares que cometieron los actos, junto con la responsabilidad del superior que los tolera o no reprime, a lo que habría que agregar la responsabilidad internacional del Estado por su complicidad, entendida ésta en clave de omisión –y en este punto, con más razón que en el caso anterior, sin

⁶² Vid. *Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila, (8th october-7th december, 1945), and the Supreme Court of the United States (judgments delivered on 4th february, 1946)*, en *Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Volumen IV, Londres, 1948, págs. 43 y 44 (versión electrónica en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/yamashita4.htm>). Véanse, igualmente, *caso High Command*, *The United States Of America v. Von Leed*, en *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. XI; *The Hostage Trial, International Military Tribunal, Nuremberg*, en *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, 1949 (versión electrónica en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List1.htm>).

⁶³ Previsiones en este sentido han sido ampliamente recogidas en diversos instrumentos internacionales, como artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la IV Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907, los artículos 86.2 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, los artículos 2.3. c) y 6 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el artículo 7.3 del Estatuto del TPIYUG, así como el artículo 6.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Para otros crímenes, véase el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, o el artículo 2 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Para más datos sobre esta cuestión, véanse los aparatos 1. b), c) y d) del capítulo II, así como 1. b) del capítulo III.

⁶⁴ Téngase en cuenta que la conducta del superior puede ser adicionalmente caracterizada bajo diversas formas de autoría. En este sentido, es referencia obligada el *caso Prosecutor v. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, n.º. IT-95-14, en <http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm>, en especial párrs. 337-339. Para más datos sobre toda esta cuestión, véase apartado 1. b) del capítulo III.

necesidad alguna de atender a valoraciones sobre si estos particulares actúan o no en calidad de órganos del Estado-; siempre y cuando, obviamente, se identifique una obligación, general o específica, para el Estado de evitar esos comportamientos.

En el ámbito del DIDH, esta posibilidad apuntada ha sido claramente sostenida por la Corte IDH ya en su primer caso, aun manejando un concepto de violación de los derechos humanos demasiado amplio, a mi entender⁶⁵.

No obstante, pese a la complejidad de escenarios como el esbozado, queda patente que en estos casos el hecho que activa estos dos haces de responsabilidad es distinto, e incluso inverso: la acción del particular en un caso y la inacción del Estado en el otro.

Se ha señalado la existencia de una posible tercera vía en que la responsabilidad del Estado y la del particular pueden encontrar puntos de conexión, si bien, hay que advertir, no ya en la fase inicial relativa a la comisión de los crímenes en cuestión, sino referida a un momento posterior. Para explorar esta posibilidad hay que situarse en el debate acerca de la obligatoriedad de hacer efectiva esa responsabilidad del particular judicialmente, y al tratarse esta cuestión con detenimiento más adelante, baste apuntar aquí que en relación con las jurisdicciones nacionales, si se asume que los Estados tienen la obligación jurídica internacional de perseguir, en sentido amplio, a los responsables de “crímenes contra el derecho internacional”, su inacción comprometería su responsabilidad internacional, siendo entonces que de manera indirecta la comisión de este tipo de crímenes podría terminar por hacer surgir responsabilidades tanto individuales como estatales.

Al haberse ya aclarado mi posición respecto a algunas derivaciones de esta línea argumental, en este punto es oportuno subrayar tan sólo que esta pretendida tercera posibilidad se fundamenta en dos comportamientos no asimilables, en el quebrantamiento de dos obligaciones diferentes, cuyos destinatarios son además distintos. Por ello, su virtualidad se aleja notablemente del ámbito de este apartado.

2. b) Vías de confusión terminológicas: crímenes internacionales, crímenes contra el derecho internacional y crímenes de derecho internacional.

Se ha esgrimido como otra fuente de confusión entre ambos tipos de responsabilidad la falta de unanimidad en la terminología que se utiliza para denominar a los ilícitos que dan lugar a una y otra; circunstancia destacada ya desde el Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Ago⁶⁶. Siendo patente la heterogeneidad de denominaciones utilizadas para referirse a estos

⁶⁵ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 172. Sobre el concepto de violación a los derechos humanos, véase el capítulo V.

⁶⁶ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, pág. 117.

fenómenos⁶⁷, en mi opinión el problema esencial radica, o radicaba, en que el antiguo concepto de “crimen internacional”, aun sin apenas aparecer expresamente en ningún

⁶⁷ Así, autores como Roling utilizan el concepto de “criminalidad individual” para hacer referencia a los crímenes, en especial crímenes de guerra, cometidos por intereses personales o particulares frente a la “criminalidad sistemática” que se referiría a aquellos crímenes cuya finalidad última sería la obtención de algún interés nacional o estatal. Cfr. ROLING, B. V.A.: “Criminal Responsibility for violations of the Laws of War”, en *RBDI*, vol. XII, 1976-1, págs. 11-13. Sánchez Legido, por su parte, reconoce la pluralidad de denominaciones existente, si bien se decanta por dos expresiones que estima análogas para referirse a la responsabilidad internacional del individuo: “crímenes de trascendencia internacional” o “crímenes de Derecho internacional”. Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 57. Pérez González, de otro lado, prefiere usar el concepto clásico de “*delicta iuris gentium*” en el campo de la responsabilidad internacional individual. Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La subjetividad internacional...”, *op. cit.*, pág. 277. Eustathiades, sin embargo, se decanta por el término de “*délit*” o, el más genérico, “*acte illicite*”. Cfr. EUSTATHIADES, C. TH.: “Les sujets du Droit...”, *op. cit.*, págs. 415-428, 486-496. Carrillo Salcedo, siguiendo las propuestas presentadas al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, prefiere utilizar la expresión “ilícitos contra la comunidad internacional” sobre la de “crímenes internacionales” para el campo de la responsabilidad internacional del Estado, manteniendo solamente la mención al “crímenes contra el Derecho de Gentes” en el ámbito de la responsabilidad individual. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de...*, *op. cit.*, págs. 60, 158-165. Besné Mañero, opta por distinguir entre los términos de “crimen internacional del Estado” y de “crimen de Derecho Internacional”, que comprende los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad propios de la responsabilidad internacional del individuo. Cfr. BESNÉ MAÑERO, R.: *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, págs. 71-78. Rueda Fernández, sin embargo, utiliza el concepto abreviado de “crimen internacional” para el ámbito de la responsabilidad internacional, y el de “delito de Derecho Internacional” para la responsabilidad individual. Cfr. RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *El proceso de criminalización de los delitos de Derecho Internacional con posterioridad a la IIª Guerra Mundial*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1999, págs. 20-57. Ferrer Lloret, adoptando como positivas las propuestas de Carrillo Salcedo, aboga por un término más “aséptico” en el campo de la responsabilidad internacional del Estado que el de “crimen internacional”, manteniendo la denominación de “crímenes de derecho internacional” para el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo. Cfr. FERRER LLORET, J.: *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, págs. 75-96, en especial págs. 77 y 83. Bassiouni, sin embargo, si bien utilizando el concepto de “crímenes internacionales” en el campo de la responsabilidad individual (como hace Cassese, cfr. CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, págs. 15 y ss.), introduce una categorización dentro de los mismos sobre la base de criterios como el interés social protegido, el daño que se quiere evitar, la gravedad intrínseca de la violación, etc.; de este modo, distingue entre “*International Crimes*”, “*International Delicts*”, e “*International Infractions*” dentro de los comportamientos que conllevan la responsabilidad internacional del individuo. Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997, págs. 31-37. Abellán Honrubia, prefiere utilizar el término de “crimen de derecho internacional” (“*crime de droit international*”), siguiendo la terminología de la CDI, para referirse, en concreto, a los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, la tortura, el *apartheid*, la esclavitud y el ataque contra el personal civil de Naciones Unidas, distinguiéndolos, en función del interés protegido, de los “*délits communs de droit interne pour la prévention et la répression desquelles il est établi une coopération spécifique entre les Etats*” y de los “*délits ayant une transcendance internationale*”. Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 280-296. Igualmente, dentro de los instrumentos internacionales propios de la responsabilidad internacional del individuo la nomenclatura es variada, y así que puedan encontrarse referencias diversas como “delitos de derecho internacional” (artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, v. g.), “*crime under international law*”/ “*crime de droit international*” (en la versión inglesa y francesa de esta Convención, así como en los juicios de Nuremberg y Tokio –donde, no obstante, este concepto viene referido a una serie de crímenes específicos–, en los cuales, adicionalmente, aparece el término de “*crimes against international law*”), “crímenes de derecho internacional” (en el Estatuto de la Corte Penal Internacional), “delito” –u “*offence*”– (artículo 1 del

instrumento internacional propio de la responsabilidad internacional del individuo⁶⁸, parecería presentar cierta *vis atractiva* hacia ese ámbito; siendo que en realidad era un término propio de la responsabilidad internacional del Estado⁶⁹.

En este sentido, es importante recordar que la versión, aprobada en primera lectura, del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado⁷⁰ estableció una distinción esencial, que ya se apuntaba en las revolucionarias tesis de Bluntschli, entre “delitos internacionales” y “crímenes internacionales”; distinción que se materializó en el tantas veces citado (antiguo) artículo 19 del Proyecto, según el cual:

“1. El hecho de un Estado que constituya una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual sea el objeto de la obligación violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, v.g.), “*crime international*” (Preámbulo de la *Convention de l’OUA sur l’élimination du mercenariat en Afrique*) o, en ámbito interno, “delitos contra la comunidad internacional” (Título XXIV del Código Penal español, v.g.) o “*felonies*”, “*misdeemeanors*” y “*other violations*” (según la distinción clásica del *Common Law*).

⁶⁸ Una de las excepciones a esta ausencia es la ya citada *Convention de l’OUA sur l’élimination du mercenariat en Afrique*, adoptada en Libreville el 3 de julio de 1977, en cuyo preámbulo se dice que: “*CONSIDERANT que les résolutions des Nations Unies et de l’OUA, les prises de position et la pratique d’un nombre croissant d’Etats constituent l’expression de règles nouvelles du droit international faisant du mercenariat un crime international*”. No obstante, en el desarrollo de su articulado la referencia al “*crime international*” se transforma en “*crime contre la paix et la sécurité*”, ya en el artículo 1.2 de la Convención (puede consultarse el texto de este tratado en <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties.htm>).

⁶⁹ En perspectiva histórica es ya posible encontrar en el proyecto de Tratado de Asistencia Mutua, redactado en el seno de la Sociedad de Naciones en 1923, la mención al concepto de “crimen internacional” en relación con actos de un Estado —en este caso concreto con relación a la guerra de agresión—. La no adopción de este tratado no supone la no aceptación de este término, pues, en realidad fue debida a la falta de acuerdo respecto al concepto de agresión; prueba de ello fue que en el Protocolo para el arreglo de controversias internacional de 1924 vuelve a aparecer el término de “crimen internacional” como calificación jurídica de un acto del Estado —de nuevo, la agresión—. Para más datos, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, pág. 32.

⁷⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”, aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.528/Add. 2, de 16 de julio de 1996. Un excelente resumen histórico del proceso hasta llegar a este Proyecto, así como hasta el Proyecto definitivo, puede encontrarse en CRAWFORD, J.: *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, págs. 1-61, 315-348. Para un trabajo de similares características, y valor, centrado en el mismo concepto de “crimen internacional”, consúltese SPINEDI, M.: “International Crimes of States: The Legislative History”, en WEILER, J. H. H., CASSESE, A., y SPINEDI, M.: *International Crimes of State. A critical analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlín, 1989.

colonial; c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.”

Esta diferenciación, que según el propio Pellet respondía a una necesidad insoslayable como era evitar la asimilación de crímenes como el genocidio con violaciones ordinarias del derecho internacional (como las derivadas de determinados convenios comerciales) -ya que, entre otras circunstancias, en éstas se afectaría únicamente a los Estados Partes, mientras que en el caso del genocidio se estaría ante una amenaza para la Comunidad Internacional en su conjunto- fue considerada incluso por su *creador*, el Relator Especial Ago⁷¹, y a pesar de su aprobación unánime en el seno de la CDI en primera lectura, como una cuestión sobre la que iban a surgir notables dificultades cuando llegara el momento en que los Estados tuvieran que examinarla⁷². Aunque cuando llegó ese momento un grupo mayoritario de países socialistas (Bielorrusia, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, República Democrática de Alemania, Rumania, Ucrania, y Yugoslavia), afroasiáticos (Afganistán, Costa de Marfil, Egipto, Filipinas, Ghana, Guinea, India, Indonesia, Irak, Irán, Kenia, Malí, Mauritania, Nigeria, Pakistán, Siria, Somalia, Sri-Lanka, y Túnez), e iberoamericanos (Brasil, Cuba, El Salvador, Guyana, Jamaica, México, Perú, y Trinidad y Tobago) aprobaron su contenido felicitando a la CDI por su elaboración y afirmando que se trataba de un paso importante dentro del marco del desarrollo progresivo del derecho internacional, e incluso pese a que dentro de este grupo de países, un sector minoritario, principalmente dentro de los Estados socialistas, llegaron a afirmar que el párrafo segundo del artículo 19 era una codificación del derecho internacional vigente, en consonancia con la intuición del Relator Ago, otro un gran número de Estados presentaron objeciones al contenido de este artículo; alegando, en general, dos conjuntos de argumentos que podrían agruparse de la siguiente forma:

1) Ciertos Estados, como Australia, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Portugal y Suecia sostuvieron que a su juicio no estaba justificado, ni por la práctica de los Estados, ni por la jurisprudencia internacional, ni por las opiniones de la doctrina, el establecimiento de una doble categoría de hechos internacionalmente ilícitos.

2) Otros Estados, como Austria, España, Finlandia, Israel, Jordania, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, República Federal de Alemania, Reino Unido y Uruguay alegaron que si bien aceptaban la distinción entre dos categorías de hechos

⁷¹ En realidad, junto a los antecedentes mencionados de la obra de Bluntschli, en lo que aquí tratado es posible encontrar ya referencias desde el trabajo del primer Relator Especial, García Amador. Para más datos, BLANC ALTEMIR, A.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 5-37; SPINEDI, M.: “International Crimes of State...”, *op. cit.*, págs. 7-12; URIOSTE BRAGA, F.: *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, Ed. IbdeF, Argentina, 2002, págs. 119-125.

⁷² Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, primera parte, pág. 58.

ilícitos internacionales, no estaban conformes ni con la terminología y fórmula empleadas por la CDI ni con las consecuencias, de naturaleza penal, que podrían derivarse de la misma para los Estados⁷³.

Así, frente a observaciones como la de los Estados Unidos, que se oponían firmemente a incluir la distinción entre delitos y “crímenes de los Estados”, por entender que no había fundamento en el derecho internacional consuetudinario para la misma y que, además, tal diferenciación ponía en peligro la efectividad del régimen de la responsabilidad de los Estados en su conjunto⁷⁴, el argumento principal esgrimido tanto por la doctrina como por los Estados que se oponían a la categoría de “crimen internacional” se sustentaba en que admitir dicha noción podría llevar a la criminalización estatal en los casos de violación del derecho internacional, cuando en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado las connotaciones penales debían quedar al margen de toda consideración o consecuencia.

En este sentido, por ejemplo, la delegación de España consideró que aunque en español los vocablos “delito” y “crimen” son esencialmente equivalentes, cabía preguntarse si resulta adecuado utilizar la terminología del derecho penal, cuando la Comisión había evitado acertadamente hacerlo hasta aquel momento⁷⁵.

Como se ha señalado, posiblemente bajo todas estas alegaciones de índole técnico subyacían otras motivaciones de naturaleza política, reacias a admitir la posibilidad de que un Estado fuera declarado autor de crimen internacional, que fuera calificado, de algún modo, como un Estado criminal⁷⁶; mas, en todo caso, unida a la oposición estatal parte de la doctrina desplegó una rotunda disconformidad con el contenido del artículo 19. Rosenstock, uno de sus más firmes detractores, además de unirse a la crítica general sobre el carácter punitivo del concepto de crimen internacional -que, sostuvo, violaría el principio “*impossibile est quod societas delinquat*”-, entendió que la propuesta contenida en ese artículo ya había sido rechazada por la CDI, y si resucitaba era sólo como efecto de la Guerra Fría. Junto a ello, afirmó que la noción de crimen de Estado no tenía base en la práctica estatal ni *opinio juris*, y que el artículo 19.2 era meramente tautológico. A estas críticas añadía que el párrafo 3 se separaba de la estructura del Proyecto, que sólo trataba las normas secundarias, y lo que era más importante que el uso de ejemplos y analogías violaba el principio de legalidad, que en derecho penal obliga a que se tipifiquen las conductas taxativamente⁷⁷.

⁷³ Ésta es precisamente la razón a la que alude la propia CDI en sus Comentarios al Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura. Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario al capítulo III del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, pág. 301.

⁷⁴ Cfr. “United States: Comments on the Draft Articles on State Responsibility. October 22, 1997”, en *ILM*, vol. XXXVII, 1998, pág. 468.

⁷⁵ Sobre toda esta cuestión, CEBADA ROMERO, A: “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a las luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en *REEI*, N.º 4, 2002, en especial pág. 8.

⁷⁶ En este sentido, véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 350.

⁷⁷ Cfr. ROSENSTOCK, R.: “An international criminal responsibility of States?”, en VV.AA.: *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*. Naciones Unidas, Nueva York, 1997. Sobre este particular, en

Como era previsible, esta notable oposición impuso la necesidad de redefinir este punto para poder alcanzar un mayor consenso en torno al Proyecto; redefinición que ya dirigida por el Relator Especial Crawford llevó a suprimir tanto el propio artículo 19 como la referencia al concepto de “crimen internacional”, sustituyéndola, en cierto modo, por la que hoy aparece en el Proyecto definitivo de artículos, esto es, por la de “violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”, tal y como queda recogida en el actual artículo 40 del Proyecto. Si bien, la esencia de lo que regulaba el anterior artículo 19 no ha quedado sustancialmente modificada por la nueva redacción del artículo 40 -lo que no oculta algunas alteraciones de orden general o conceptual, y de naturaleza específica⁷⁸-, en lo que aquí interesa el cambio es muy relevante en tanto que elimina, al menos muy significativamente, cualquier posibilidad de error en la nomenclatura propia de ambos tipos de responsabilidades.

De este modo, el campo de la responsabilidad internacional del individuo puede asumir como propio el concepto de “crimen internacional” como comportamiento del que emana la responsabilidad del individuo, en tanto que si no es por referencias pasadas, no es posible identificar este concepto ya con el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado.

En consecuencia, llegados a este punto todo parece indicar que podría optarse por el término de “crimen internacional” para la cuestión que está siendo abordada, aunque, entiendo, la mayor cautela académica invita a elegir otro concepto estándar como pudiera ser el de “crimen contra el derecho internacional”, justamente para evitar que reminiscencias del pasado artículo 19 pueden inducir a error; y esto a pesar de que, reitérese, toda confusión ha quedado vedada en el momento actual de desarrollo del derecho internacional.

En el presente trabajo se propone entonces el concepto de “crimen contra el derecho internacional” para referirse a todos los comportamientos del individuo

especial en relación con la posibilidad de establecer una responsabilidad penal estatal, véase la posición, coincidente con la anterior, de DROST, P. N.: *The Crimes of States*, A.W. Sythoff, Leiden, 1959. Desde una perspectiva más moderada, véanse los problemas que el propio Relator Crawford señala sobre el contenido del antiguo artículo 19 en CRAWFORD, J.: *The International Law...*, *op. cit.*, págs. 16-20. Opiniones sobre esta problemática de otro exmiembro de la CDI pueden encontrarse en BOWETT, D. W.: “Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility”, en *EJIL*, vol. 9, n.º. 1, 1998. Para una visión que aboga por la responsabilización penal del Estado, consúltese CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Complementary...”, *op. cit.* En realidad, la cuestión de si un Estado puede ser responsable penalmente continua parcialmente abierta, si bien, tras la redacción definitiva del Proyecto de artículos, y pese a las iniciativas ya mencionadas en el seno de la Corte IDH, posiciones como las citadas o las del mismo Pellet (cfr. PELLET, A.: “Can a State commit a crime? Definitely, yes!”, en *EJIL*, vol. 10, n.º. 2, 1999) o Arangio-Ruiz (cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Quinto informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/453/Add.3, 24 de junio de 1993) han quedado, en mi opinión, notoriamente debilitadas.

⁷⁸ A este respecto, véase CRAWFORD, J., BODEAU, P. y PEEL, J.: “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des états de la Commission du Droit International”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 104, núm. 4, 2000, en especial pág. 931. En cuanto al régimen de consecuencias, consúltese GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’”, en *REDI*, vol. LIII, n.º. 1 y 2, 2001, en especial págs. 25-47.

caracterizados por su trascendencia internacional; debiendo agregarse a lo anterior que este rótulo resume además, a través de la preposición “contra”, la idea esencial de estos comportamientos, esto es, su relevancia dentro del ordenamiento jurídico internacional en clave de violación, y al mismo tiempo, la mención a la palabra “crimen” permite subrayar su carácter especialmente destacable o excepcional –ya sea sobre la base de su gravedad, tal y como lo utiliza la CDI, ya sea en cuanto a los medios necesarios para su persecución o combate-.

Con todo, no ha de olvidarse que siendo éste un epígrafe general es posible realizar una graduación o clasificación ulterior dentro de estos crímenes⁷⁹; a tal efecto, puede encontrarse un término más adecuado al concreto ámbito material de este trabajo como es el de “crímenes de derecho internacional” (“*crime under international law*”/ “*crime de droit international*”), tal y como se utiliza en varios documentos internacionales⁸⁰, y como coincidentemente es usado en parte de la doctrina⁸¹.

3) Relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.

Quedando establecida la existencia de dos campos diferentes en el ámbito de la responsabilidad internacional –incluso si su origen se sitúa en un mismo comportamiento- la cuestión inmediata es preguntarse sobre la relación entre ellos; o mejor dicho, el interrogante debe ser si una vez generados ambos regímenes de responsabilidad su desarrollo es totalmente independiente, o bien, es posible encontrar campos en que exista influencia o dependencia mutuas.

Aun siendo ésta una cuestión de complejidad notable, cabe señalar que lo visto hasta el momento apunta hacia la no dependencia entre ambos haces de

⁷⁹ Aunque retomaré este particular más adelante, en realidad el objeto de este trabajo hace preciso que se atienda sólo en un tipo específico de estos actos de los que se deriva la responsabilidad internacional del individuo, con lo que excede de su ámbito entrar en la discusión sobre los distintos criterios, modos, y categorías en que pueden clasificarse los mismos. Aun así, es interesante recordar que es común encontrar en la doctrina diversas clasificaciones de estos comportamientos que, además, no siempre atienden a criterios similares. Véanse, por su relevancia, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité...”, *op. cit.*, págs. 280-296; BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.* págs. 31-37; GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 43-52, en especial nota 62; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 157-161; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 58-65; TRIFFTERER, O.: “Commentaire de la Question IV. Les Crimes Internationaux et le Droit Pénal Interne”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, 1989. Sobre esta cuestión en general, JIMÉNEZ CORTÉS, C.: “La responsabilidad del individuo ante el Derecho internacional: hacia una sistematización de los delitos”, en *Agenda ONU*, n.º. 1, 1998.

⁸⁰ Véanse, por ejemplo, los Principios I y VI de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptados por la CDI en 1950 (cfr. *Anuario de la Comisión Internacional, 1950*, vol. II.), así como los artículos 1.2 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y 22 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el mismo sentido, las primeras versiones de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes definían este crimen como un “crimen de derecho internacional” (“*crimen under international law*”), si bien, nominalmente, esta mención fue finalmente eliminada de su artículo 1.

⁸¹ Consúltase nota 67.

responsabilidad, o, como previera el primer Proyecto de Código Penal Internacional de Pella y Saldaña, hacia el hecho de que fuera de la responsabilidad de los Estados debe admitirse también la responsabilidad de las personas físicas que cometan infracciones contra el orden público internacional y contra el derecho de gentes universal⁸².

Además de en la doctrina, es posible encontrar similares manifestaciones en sede jurisdiccional; y así, sin olvidar los ejemplos ya dados, el TEDH ha tenido ocasión de reiterar este carácter independiente en el asunto *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*⁸³. La CDI también ha recogido este carácter independiente en sus Comentarios al Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados, afirmando que el enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado responsables del hecho ilícito no eximen al Estado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacionalmente ilícito; igualmente, continúa, tampoco pueden esos funcionarios escudarse en el Estado con respecto a su propia responsabilidad por un comportamiento contrario a las normas de derecho internacional que les sean aplicables⁸⁴.

La independencia, en este sentido, se comprueba también atendiendo a las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto en el campo de la responsabilidad internacional del Estado y a las causas de exclusión de la responsabilidad internacional penal. Las exigencias derivadas de los sujetos a los que ambos tipos de responsabilidad se refieren justifican, sin duda, las diferencias existentes, pero lo que resulta importante en este punto es constatar que un Estado puede ser internacionalmente responsable por un acto aun cuando, pudiendo atribuírsele la conducta del individuo que lo comete, a éste no se le puede exigir responsabilidad criminal por concurrir alguna causa de exclusión de la misma.

Un buen ejemplo de esta posibilidad sería la comisión de crímenes de guerra por miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado que por su edad estarían eximidos de toda responsabilidad penal. Al margen de la posible responsabilidad internacional del Estado por utilizar a menores de edad (menores de dieciocho años) en sus Fuerzas Armadas⁸⁵, la directa atribución de estos comportamientos al Estado comprometería su responsabilidad internacional, mientras que el individuo quedaría eximido de ella por su edad⁸⁶.

⁸² Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 112-117.

⁸³ Cfr. *Caso Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, Merits*, sentencia de 22 de marzo de 2001, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 104.

⁸⁴ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios al artículo 58 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. En el mismo sentido, véase el Comentario 2 al artículo 4 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁸⁵ Por ejemplo para los Estados Partes en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000, en BOE de 17 de abril de 2002. Véase especialmente el artículo 2.3.

⁸⁶ Apúntese la necesidad de realizar una diferenciación entre eximente penal y falta de competencia, ya que ante la falta de unanimidad existente respecto a la mayoría de edad penal en los distintos ordenamientos jurídicos internos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha optado, en este punto, por declarar en su artículo 26 que no podrá juzgar a menores de dieciocho años no porque considere la edad como una

Sobre la base del carácter y desarrollo independiente de ambas responsabilidades, esto es, sobre el hecho de que un mismo comportamiento puede generar la responsabilidad internacional tanto de un Estado como de un individuo, no eximiendo, en ningún caso, la una a la otra -en los dos sentidos explicados-, se ha construido la noción de la complementariedad entre responsabilidad estatal e individual como respuesta ante un mismo hecho ilícito; siendo que, cada uno de los dos sectores, e instituciones competentes, del ordenamiento jurídico internacional implicados serán, en su caso, *responsables* de hacer efectivas cada una de las dos facetas de esa responsabilidad internacional.

Sin embargo, junto a lo explicado cabe señalar que, en cierto modo, la exigencia de responsabilidad individual puede presentarse incluida dentro de la responsabilidad estatal⁸⁷; circunstancia que para algunos autores no sólo debe considerarse, sino que en relación con los crímenes aquí tratados es valorada como esencial para lograr una plena protección de los derechos humanos⁸⁸. Aun más, especialistas como Cançado Trindade

circunstancia eximente de responsabilidad penal (reguladas en su artículo 31), sino, simplemente, porque se declara no competente para hacerlo; afirmación que en clave de derecho interno debe dirigirse, sin embargo, al ámbito de las causas de inimputabilidad con independencia de cuál sea la edad concreta prevista en cada ordenamiento jurídico en particular.

⁸⁷ Aunque no desde el enfoque aquí adoptado, ha de mencionarse que autoras como Spinedi han relacionado la cuestión de la responsabilidad internacional individual con las medidas de autotutela que responden a un hecho ilícito previo. Al hilo de las argumentaciones del Relator Riphagen, sostiene esta autora: “*the punishment of the individual-organ by foreign States might be considered as a countermeasure applied to the State of which it is the organ (and thus constitute a form of responsibility of the State).*” Vid. SPINEDI, M.: “International Crimes of State...”, *op. cit.*, pág. 91. A mi entender, resulta harto complicado interpretar el castigo de los responsables de un crimen de derecho internacional por un Estado distinto de aquél en el que se cometió el hecho como una contramedida (ya sea en una formulación amplia -incluyente de los conceptos de represalia y de actos de retorsión-, ya sea en atención a la definición del último proyecto de CDI), pues en este tipo de actuaciones, no se cumplirían los requisitos que caracterizan a este tipo de actos. En todo caso, con ánimo de no descalificar completamente esta afirmación, quizá las únicas vías posibles para entenderla serían, bien considerar que el derecho internacional prohíbe determinadas atribuciones de jurisdicción extraterritorial para la persecución de crímenes de derecho internacional, bien valorar el principio de territorialidad como siempre prioritario sobre cualquier otro en un conflicto de jurisdicciones entre el Estado territorial y un tercer Estado que esté tratando de enjuiciar ese sujeto, por ejemplo, bajo el principio de jurisdicción universal, bien, en todo caso, referirla a medidas de ejecución de un Estado en el territorio de otro con vistas a la detención y posterior juicio de un responsable de este tipo de crímenes. Aunque esta cuestión se abordará en el capítulo III, valga adelantar que salvando la última de estas tres posibilidades, considerar, de forma general, que la sanción de los responsables de un crimen de derecho internacional por un tribunal distinto al del territorio donde se perpetró puede ser caracterizada como una contramedida resulta, al menos para mí, difícilmente sostenible. Con todo, las propias palabras del Relator Riphagen en las que se basa esta autora no parecen aclarar completamente el sentido de esta posibilidad. Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/366 y ADD. 1, 14 y 15 de abril de 1983, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1983, vol. II, primera parte, pág. 11.

⁸⁸ En esta línea, por ejemplo, GROS ESPIELL, H.: “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998., pág. 117. Consúltese, igualmente, su más reciente trabajo GROSS ESPIELL, H.: “International responsibility of the State and individual criminal responsibility in the international protection of human rights”, en RAGAZZI, M. (ed.): *International responsibility...*, *op. cit.*, en especial págs. 156-158. En la misma línea, puede verse el prólogo de

llegan a defender una cada vez mayor aproximación institucional entre la responsabilidad internacional del Estado y del individuo, pues, alega este autor, la actual distribución competencial existente no resulta eficaz para acabar con la impunidad⁸⁹, en tanto que sólo es esperable, en el mejor de los casos, una respuesta parcial por parte de cada uno de estos dos ámbitos⁹⁰.

En todo caso, una vertiente concreta en esta concepción de las relaciones entre ambos regímenes de responsabilidad puede advertirse en las palabras de la CDI, para quien “... *la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un “crimen internacional”, o en todo caso, la única forma de esa forma de esa responsabilidad*”⁹¹. Esta matización final se sitúa en el campo de las consecuencias, para el Estado, de la comisión de un hecho ilícito internacional *agravado*, lo que es lo mismo que decir, hoy por hoy, las consecuencias, para el Estado, de la comisión de una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. Dentro de ellas, sugería en 1976 la CDI, puede encontrarse, como una de las mismas, la obligación de castigar a los individuos-órgano responsables; afirmación que puede entenderse de dos modos:

El primero, siguiendo a Gutiérrez Espada, pudiera ser la necesidad de inclusión en la parte del Proyecto sobre las consecuencias de la comisión de una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general de una remisión expresa a las normas internacionales sobre la responsabilidad internacional del individuo; posibilidad que para este autor hubiera sido importante como un “guiño” del Proyecto en favor de la idea de que la responsabilidad del Estado por violación grave de normas imperativas puede, en ciertos casos, ser una “fuente” de responsabilidad internacional del individuo⁹².

Éste fue uno de los enfoques que se barajó en el seno de la CDI, esto es, incluir la exigencia de responsabilidad penal individual de las personas-órganos entre las obligaciones que para la Comunidad Internacional se derivan de una violación grave de una obligación emanada de una norma de *ius cogens*⁹³. Se estaría aquí realmente ante el supuesto no de posible influencia entre ambos tipos de responsabilidad, sino ante un escenario en que las normas de responsabilidad internacional del Estado serían además

Rodríguez Carrión y Pueyo Losa en LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte...*, *op. cit.*, en especial pág. VIII.

⁸⁹ Sobre el concepto de impunidad, véase apartado 1) del capítulo IX.

⁹⁰ Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Complementary...”, *op. cit.*, en especial págs. 256-260. Consúltese también NOLLKAEMPER, A.: “Concurrence between individual responsibility and State responsibility in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, núm. 3, 2003.

⁹¹ *Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, pág. 117. La negrita es mía.

⁹² Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “El punto final (¿?) de...”, *op. cit.*, págs. 40-41.

⁹³ Con el añadido de lograr de este modo “la “transparencia” del Estado” en estos casos. Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Acta resumida provisional de la 2662ª sesión”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/SR.2662, 21 de septiembre de 2000, pág. 28. Véase, igualmente, el “Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados”, Documentos de las Naciones Unidas: A/CN.4/469, 4 de marzo y 23 de abril de 1986.

fuerza directa de obligaciones en el campo de la responsabilidad internacional del individuo, de tal suerte que una vez comprometida aquélla, por violación grave de una obligación de derecho imperativo, todos los Estados tendrían la obligación de perseguir a los individuos-órganos responsables; obligación que además debería entenderse como añadida a las propias de la responsabilidad internacional individual.

A pesar de las indudables virtudes de esta posición para hacer realidad el castigo de todos los responsables de crímenes de derecho internacional, la misma, como es sabido, no fue admitida en las discusiones de la CDI⁹⁴, con lo que lamentablemente no puede más que descartarse.

Pareciera entonces más acertado un segundo modo de interpretar las palabras de la CDI, esta vez en el campo de las consecuencias generales propias de la responsabilidad internacional de un Estado, y más concretamente en el marco de la satisfacción del artículo 37.2 del Proyecto definitivo. A este respecto, conviene recordar que en el Proyecto de artículos aprobados por el Comité de Redacción en el 44º período de sesiones de la CDI se contenía una disposición que, de forma expresa, preveía esta posibilidad al señalar que:

“2. La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas: a) disculpas; b) daños y perjuicios; c) en caso de grave violación de los derechos del Estado lesionado, indemnización de los daños y perjuicios proporcionada a la gravedad de la violación; d) en caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares, medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos”⁹⁵.

Similar previsión se recogía en el artículo 45.2 del Proyecto aprobada en primera lectura en 1996, pero, en ambos casos, el comentario de la CDI mostraba más que cautela sobre la materialización de esta posibilidad, en tanto que advertía que una aplicación excesiva de esta forma de satisfacción podría dar lugar a una injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados; por ello, se limitaba su ámbito de aplicación al comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares, y a la falta grave de funcionarios públicos⁹⁶.

Es patente que incluso con esta prudencia estos supuestos se sitúan en un escenario general de fácil acomodo con los comportamientos que se analizan en este trabajo, resultando lo importante en este punto retener que esta posibilidad, aun excluida en el literal del actual artículo 37.2, sigue siendo contemplada por la CDI como una modalidad de satisfacción⁹⁷. A este respecto, aunque en un ámbito distinto, conviene igualmente subrayar que la más reciente versión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, dispone que la satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente, la

⁹⁴ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Acta resumida...”, *doc. cit.*, pág. 28.

⁹⁵ *Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1993, pág. 59. La negrita es mía.

⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, pág. 87.

⁹⁷ Véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 5 al artículo 37 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones⁹⁸.

Desde este enfoque, entonces, puede sostenerse que entre las formas que adopte esa satisfacción puede encontrarse la exigencia de hacer efectiva la responsabilidad penal individual de los sujetos culpables del acto.

Existen varios ejemplos en la práctica internacional que indican la virtualidad de esta exigencia que la misma CDI señala⁹⁹, y que la Corte IDH considera especialmente incluíble en los casos en que concurra la ya mencionada “responsabilidad internacional agravada”¹⁰⁰; mas, a diferencia del caso anterior, el desarrollo actual del derecho internacional obliga a situar esta relación no como propia de dos fuentes normativas distintas, sino más bien como un recordatorio o una exigencia reforzada, para el Estado infractor, de que haga efectivas obligaciones internacionales en la persona de sus órganos que, en realidad, ya existen autónomamente; siendo el *plus* en este caso el hecho de que el Estado ofendido habrá de sentirse “satisfecho”, total o parcialmente, cuando así se haga.

Por tanto, y en definitiva, la conclusión de este breve análisis ha de ser el carácter jurídico independiente de los regímenes de responsabilidad examinados, junto a la potencial complementariedad entre ambos como respuesta a un mismo hecho ilícito, sin olvidar, en todo caso, la posible interacción señalada a través de la figura de la satisfacción propia de la responsabilidad internacional del Estado.

En resumen, a pesar de estos potenciales campos de confusión, es patente que el derecho internacional, en lo que aquí interesa, establece dos regímenes distintos en el ámbito de la responsabilidad internacional: uno de *larga data*, según el cual todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional; y otro, de origen cercano, sobre la base del cual ciertos actos del individuo, en tanto que

⁹⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005, punto 22.

⁹⁹ La CDI recoge, entre otros, un ejemplo ampliamente conocido como fue el caso de la muerte del Conde Bernadotte, al servicio de las Naciones Unidas, en Palestina (Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 5 al artículo 37 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado). En mi opinión, además, podría escogerse otro caso igualmente conocido y estudiado, como es el del *asunto del Rainbow Warrior*, en el cual el modo de hacer efectiva la responsabilidad individual de los agentes franceses, como exigencia del Estado ofendido, fue objeto de una profunda controversia. Véase *asunto del Rainbow Warrior*, R.S.A, vol. XX, y, destacadamente, la decisión previa del Secretario General de Naciones Unidas de 7 de julio de 1986 (cfr. R.S.A, vol. XIX, págs. 212-215).

¹⁰⁰ En relación con este aspecto concreto, véase el voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en el *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 105, párr. 25. Aunque en el ámbito del DIDH, no del derecho internacional penal, conviene recordar que el especial grado de impunidad que viven muchos de los países iberoamericanos ha supuesto que en la mayoría de los casos vistos por la Corte IDH se incluya, bajo el epígrafe “de otras formas de reparación”, la reiteración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos que se le han sometido. Para más datos véanse los capítulos V y VI.

contrarios a determinadas normas del derecho internacional, le son internacionalmente imputables e implican su responsabilidad internacional, básicamente, penal.

Si bien es el campo de la responsabilidad internacional individual el ámbito esencial de este trabajo, tanto algunos aspectos referidos a las circunstancias que pueden excluir la ilicitud de un comportamiento, como la posibilidad de calificar, bajo determinadas condiciones, los crímenes de derecho internacional también como violaciones a los derechos humanos obligarán a atender a los dos aspectos de la disociación referida; esto es, harán preciso analizar tanto la responsabilidad internacional del particular por la comisión de crímenes de derecho internacional como ciertos aspectos de la responsabilidad internacional del Estado. Ambas facetas completarán, a la postre, el régimen jurídico pertinente a los efectos de este estudio.

PARTE I

**Obligaciones internacionales
relativas a la sanción de los
responsables de crímenes de
derecho internacional y
violaciones a los derechos
humanos**

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: DIMENSIÓN NORMATIVA (I)

1) Evolución de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de derecho internacional.

1. a) Delimitación material y temporal.

Antes de abordar el estudio evolutivo de la responsabilidad internacional del individuo es necesario realizar una aclaración, ya apuntada brevemente, respecto al ámbito material del mismo. El objeto de este trabajo hace preciso recoger, sin duda, todas aquellas manifestaciones relevantes de la responsabilidad internacional individual relacionadas con, en sentido amplio, las violaciones a los derechos humanos. Más en concreto, será preciso atender a aquéllas que configuren el elemento normativo -y la dimensión jurisdiccional- de los crímenes que en el ámbito geográfico y temporal de este estudio se han perpetrado; teniendo presente que el proceso de responsabilización penal del individuo en la esfera internacional se ha desarrollado en íntima conexión con la tipificación jurídica de los distintos crímenes con trascendencia más allá de lo nacional.

En el Capítulo anterior se adelantó que es el concepto de “crímenes de derecho internacional” el más acorde a este objetivo, y es que dentro de lo que anteriormente denominé “crímenes contra el derecho internacional” se han identificado, en el ámbito universal, hasta veinticinco figuras distintas que abarcan desde actuaciones estrechamente ligadas al DIDH hasta conductas con una relación más que difusa con el mismo.

Bassiouni, teniendo en consideración, de un lado, los aspectos penales que configuran a un crimen contra el derecho internacional¹⁰¹, y del otro, las previsiones

¹⁰¹ Para Bassiouni, las diez características penales que es posible identificar, en conjunto o individualmente, en los crímenes contra el derecho internacional son: “1) *Explicit or implicit recognition of proscribed conduct as*

internacionales propias de la responsabilidad internacional del individuo, establece la siguiente lista de crímenes contra el derecho internacional: 1) Agresión; 2) genocidio; 3) crímenes contra la humanidad; 4) crímenes de guerra; 5) crímenes contra el personal de las Naciones Unidas; 6) posesión o uso ilegal de armas; 7) robo de materiales nucleares; 8) acciones mercenarias; 9) Apartheid; 10) esclavitud; 11) tortura; 12) experimentación humana; 13) piratería; 14) secuestro de aeronaves; 15) ataques contra la navegación marina; 16) ataques contra personas internacionalmente protegidas; 17) toma de rehenes; 18) uso ilegal del correo; 19) tráfico de drogas ilegales; 20) destrucción o robo de tesoros nacionales; 21) ataques contra el medioambiente; 22) tráfico ilegal de materiales obscenos; 23) falsificación; 24) interferencias ilegales en cables submarinos; y 25) soborno de funcionarios extranjeros¹⁰².

A estos veinticinco crímenes cabría añadir la desaparición forzada de personas como crimen autónomo¹⁰³ -al margen de su consideración como crimen contra la

*constituting an international crime, or a crime under international law, or a crime. 2) Implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute, punish, or the like. 3) Criminalization of the proscribed conduct. 4) Duty or right to prosecute. 5) Duty or right to punish the proscribed conduct. 6) Duty or right to extradite. 7) Duty or right to cooperate in prosecution, punishment (including judicial assistance). 8) Establishment of a criminal jurisdictional basis. 9) Reference to the establishment of an international criminal court or international tribunal with penal characteristics. 10) No defense of superior orders.” Vid. BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*, pág. 5. Posiblemente a las anteriores cabría añadir el no reconocimiento de inmunidad de jurisdicción penal con independencia del cargo oficial del responsable, pero ante los “desarrollos” más recientes en el campo de los crímenes de derecho internacional quizá sólo referido a determinados Tribunales Internacionales. Cfr., *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J. Reports 2002, párrs. 59-61. Véase un destacable estudio crítico de esta sentencia en CARNERERO CASTILLA, R.: “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (ed.): *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional I*, Departamento de Derecho de Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, págs. 83-104; consúltense, igualmente, BOLLO AROCENA, M^a. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República Democrática del Congo c. Francia”, en *REDI*, vol. LVI, núm. 1, 2004; FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, en *ADI*, vol. XVIII, 2002; o el más general, VERHOEVEN, J.: “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, en VERHOEVEN, J. (dir): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Boeck & Larcier, Bruselas, 2004, en especial págs. 120-146.*

¹⁰² Este listado recoge crímenes contra el derecho internacional y no crímenes de derecho internacional pues la clasificación de este autor incluye todos aquellos actos que reúnen alguna de las características penales mencionadas, razón que hace que el autor los defina como “*crimes*”. Dentro de ellos sólo considera como “*international crimes*” los más graves o peligrosos. El orden en que se presentan responde a la propia clasificación de Bassiouni, relacionada con la gravedad, el perjuicio o el daño que potencialmente suponen cada uno de estos actos. Véase BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*, págs. 20-21, 31-43.

¹⁰³ Resulta muy positivo y esclarecedor que en el Preámbulo del recientemente adoptado Proyecto definitivo de la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, concretamente se señale: “*Conscientes de la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un crimen y, en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, un crimen de lesa humanidad*”. Vid. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005.

humanidad en determinadas circunstancias-, tal y como se define en la CIDFP¹⁰⁴; crimen cuya relevancia es indudable a los efectos de este trabajo¹⁰⁵.

Junto a la pluralidad y heterogeneidad¹⁰⁶ de estos crímenes, son al menos trescientos veinticinco los instrumentos internacionales en los que se pueden encontrar previsiones sobre ellos, cuestiones ambas que hacen patente que el tratar de clasificar y abordar su desarrollo en su totalidad, a la par de innecesario a los efectos de este trabajo, excede en mucho de sus posibilidades.

Teniendo excelentes recopilaciones que abordan globalmente esta cuestión¹⁰⁷, en la presente clasificación se escoge entonces una limitación material acorde al objeto y ámbito de este estudio, lo que justifica que sólo se trate la evolución de aquellos

¹⁰⁴ En conexión con la ya referido en el capítulo anterior, consúltense también la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/47/133 de 18 de diciembre de 1992; el “Anteproyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, *doc. cit.*; y la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, *doc. cit.* Debe apuntarse que un experto como Gros Espiell, haciendo extensivos sus argumentos sobre la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y no obstante el contenido de la CIDF, ha sostenido que “*there is no hint at any possible international criminal jurisdiction to judge this ‘crime against humanity’. If by virtue of non-exercise or defective exercise of internal jurisdiction the criminal or criminals remain unpunished, the only possibility left is filing a petition to the Inter-American Commission which, at best, channels the case along the way conducive to the international responsibility of the State, leaving the offenders aside and free of any criminal punishment*” (*vid.* GROSS ESPIELL, H.: “International responsibility...”, *op. cit.*, pág. 159). Ante estas afirmaciones, debe aclararse que como se ha mencionado y se reiterará más adelante, la Corte Penal Internacional tiene competencia sobre crímenes contra la humanidad conformados por desapariciones forzada de personas, al tiempo que en todo caso la falta de una instancia internacional competente para sancionar este crimen no limitaría en nada el carácter de crimen de derecho internacional de este comportamiento.

¹⁰⁵ Aunque suele indicarse que este crimen fue “inventado” por el régimen nazi con su directiva *Nacht und Nebel Erlass* (Orden Noche y Niebla), de 7 de diciembre de 1941, con la intención expresa de “*endangering German security’ who were not to be immediately executed and make them vanish without a trace into the unknown in Germany. No information was to be given to their families as to their fate even when, as invariably occurred, it was merely a question of the place of burial in the Reich.*” (*vid.* AMNISTÍA INTERNACIONAL: “The International Criminal Court: Making the right choices - Part I: Defining the crimes and permissible defences and initiating a prosecution”, índice AI: IOR 40/001/1997, de 1 de enero de 1997, nota 115), es en Iberoamérica donde ha adquirido verdadera carta de naturaleza. A este respecto, es revelador lo que apuntara la Corte IDH en su primera sentencia. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 147.

¹⁰⁶ En relación con esta heterogeneidad, PIGRAU SOLÉ, A.: “Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N.º. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, págs. 63-64. Téngase cuenta que a pesar de ella, todos estos crímenes contra el derecho internacional comparten, junto a lo ya indicado en la nota 101, alguna de las siguientes características: 1) Que la conducta prohibida afecta a un interés internacional significativo. 2) Que la conducta prohibida ofende los valores comunes compartidos por la Comunidad Internacional. 3) Que la conducta prohibida implica a más de un Estado en su planificación, preparación o comisión; o bien presenta una pluralidad de víctimas o victimarios de diversas nacionalidad; o bien las medidas empleadas trascienden de las fronteras de un Estado. 4) Que la conducta si bien no alcanza el grado previsto en las condiciones 1 y 2, no puede ser reprimida si no es a través de su criminalización internacional. Para más datos, BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*, págs. 18-19.

¹⁰⁷ Es ineludible la cita en este punto al trabajo de BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*

crímenes contra el derecho internacional que de forma más evidenciable se han presentado en los procesos que ocupan a este estudio, sin perjuicio de incluir algunas referencias puntuales a otros ámbitos cuando su relevancia lo justifique.

Serán, en definitiva, los “crímenes de derecho internacional” que anteriormente se apuntaron aquéllos en los que será preciso poner el foco de atención, aclarando que:

1) Habrá que sustraer el crimen de agresión de este listado, por no responder a los supuestos objeto de este trabajo.

2) Como se advirtió, deberá matizarse el estudio de las infracciones graves del DIH, y ello porque aunque en lo que aquí interesa el régimen de responsabilidad por las infracciones graves del DIH se mantiene dentro de los cauces generales del derecho internacional penal, la existencia de verdaderos conflictos armados en muchos de los países que se abordan en este estudio es una compleja cuestión ampliamente discutible y discutida, cuyo esclarecimiento exigiría, consecuentemente, de un estudio particularizado y diferente a éste. Si, no obstante, se optase por aceptar la existencia de estos conflictos armados —esencialmente, en lo que aquí ocupa, en algunos casos y períodos de la experiencia centroamericana— su genérica caracterización de conflictos armados no internacionales¹⁰⁸ plantearía importantes dificultades relativas a la responsabilización internacional individual por el momento en que se desarrollaron¹⁰⁹; dificultades que también ameritarían de un análisis tan propio como divergente del objeto de este trabajo. Si, por el contrario, se escogiese afirmar que estos conflictos no alcanzaron el grado de conflictos armados técnicamente hablando, se ingresaría en el páramo de las conocidas como “tensiones y disturbios internos”, debiendo enfrentar de este modo una temática especialmente problemática que sólo valientes tesis doctorales atreverían a abordar monográficamente¹¹⁰. Finalmente, si a todo lo anterior se añade la ampliamente reconocida menor importancia, cualitativa y cuantitativa, de las infracciones graves de las normas del DIH que pudieran haberse cometido en el escenario geográfico de estudio, y la exclusión de las experiencias de algunos Estados por su estado actual de desarrollo, el resultado no puede ser otro que reconocer que el

¹⁰⁸ Al margen de lo que ya se apuntó, y se dirá, sobre los posibles “conflictos armados internacionalizados”, sobre esta cuestión no debe dejarse de consultar el seminal estudio de MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992.

¹⁰⁹ En este sentido, conviene apuntar que aún a mediados del decenio de 1990 el TPIYUG recoge la polémica sobre la posibilidad de extender el régimen previsto en los Convenios de Ginebra de 1949 a los conflictos armados internos; concluyendo que: “*Notwithstanding the foregoing, the Appeals Chamber must conclude that, in the present state of development of the law, Article 2 of the Statute only applies to offences committed within the context of international armed conflicts.*” (Vid. *Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párr. 84). En todo caso, el Tribunal señala la posibilidad de incriminar estas conductas a través de la costumbre internacional, si bien en su análisis las referencias se sustentan en un período posterior al momento temporal en que se desarrollaron las situaciones que ocupan a este trabajo. Sobre los desarrollos más recientes en este ámbito, puede consultarse ARMENDÁRIZ, L.: “Crímenes de Guerra en conflictos armados internos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005.

¹¹⁰ Así, COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de violencia interna (disturbios y tensiones interiores) en el marco del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos: Problemas de calificación jurídica y de derecho aplicable*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

examen detallado de todas (o alguna de) estas cuestiones requeriría de un trabajo distinto al presente.

3) Será preciso agregar la tortura¹¹¹ y la desaparición forzosa de personas como crímenes autónomos.

Habiendo circunscrito el ámbito material a los crímenes contra la humanidad, el genocidio, el crimen de tortura, el crimen de desaparición forzada de personas, y parcialmente los crímenes de guerra, hay que señalar en este momento que en cuanto a la dimensión temporal es posible clasificar el desarrollo y evolución de la responsabilidad internacional del individuo por estos crímenes en distintas etapas que representan cambios cualitativos en su reconocimiento o ampliaciones sustanciales de su contenido. Ahora, debe advertirse que si bien estos cambios responden también, en cierto modo, a modificaciones en el propio derecho internacional, en general, y más específicamente en el derecho internacional penal, su clasificación no es uniforme en la doctrina¹¹².

El objeto de este trabajo dirige su atención a los procesos acaecidos, aparentemente, en los decenios de 1970, 1980 y 1990 con lo que, de nuevo aparentemente, sería el devenir del principio de responsabilidad internacional del individuo hasta este período histórico donde habría que poner el máximo acento en este análisis. No obstante, tanto las propias características de los crímenes de derecho internacional, como el concepto de proceso de transición que se escogerá¹¹³, aconsejan un enfoque lo más extenso e inclusivo posible, siendo por tanto oportuno que la clasificación contenga una etapa inicial que abarque desde las primeras expresiones de la responsabilidad internacional del individuo, aun siendo muy lejanas en el tiempo, hasta un momento fundamental como fue la Segunda Guerra Mundial. En esta primera fase quedarían esbozados una serie de perfiles que encontrarán plasmación en la segunda

¹¹¹ Anótese que algunos autores consideran que la tortura es un crimen de trascendencia internacional, en tanto que sostienen que tan sólo existe una criminalización internacional indirecta. Para ello se refieren, por ejemplo, a lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, omitiendo, al mismo tiempo, toda mención a preceptos análogos como el artículo 5 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio o los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV. Cfr. WERLE, G. y OTROS: *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 92-96.

¹¹² En líneas generales puede apuntarse que la mayoría de trabajos que abordan esta clasificación temporal sitúan el comienzo de la misma en, bien las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907, a través de la “cláusula Martens”, bien en el final de la llamada “Primera Guerra Mundial”, o incluso, lo que resulta mayoritario, en los procesos iniciados tras la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, por ejemplo, resulta paradigmático el trabajo de una experta como Rueda Fernández, el cual, si bien centrado prioritariamente en el desarrollo posterior a la II Guerra Mundial, tan sólo recoge como precedentes del mismo una breve nota en la que se indica la existencia de “*antecedentes no sólo en el ámbito de la regulación de los conflictos armados, sino también en relación con figuras concretas como la piratería y la esclavitud.*” Cfr. RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *El proceso de...*, op. cit., págs. 62-63. En la misma línea, RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Nueva York, 1997, pág. 5. Frente a estas posiciones, otros autores –que serán referente en los próximos apartados– optan por análisis temporales más amplios, que en algunos casos se remontan a varios milenios antes de Cristo.

¹¹³ Véase el capítulo VII de este trabajo.

etapa escogida tanto, de un lado, a través de los procesos judiciales iniciados tras este enfrentamiento bélico, como, del otro, gracias a un gran número de normas convencionales así como de *soft law* conformadas en esos años. La última etapa, finalmente, respondería a los últimos desarrollos surgidos tras el fin de la Guerra Fría, donde la faceta jurisdiccional presenta un notable protagonismo frente a la normativa, en la que, aun así, es posible encontrar importantes elementos a considerar, cuya relevancia, reitero, es mayor de lo que cabría suponer a primera vista.

En todas estas fases conviene adelantar que, como señala Bassiouni, el modelo de desarrollo general seguido podría desglosarse de la siguiente manera: 1) Aparición de obras doctrinales que apuntan la necesidad de adopción de ciertas normas internacionales, constituyendo la base teórica sobre la que en un estadio posterior se sustentarán las mismas. 2) Asunción de ciertos compromisos internacionales. 3) Formulación de prohibiciones normativas específicas. 4) Articulación de dispositivos sancionatorios¹¹⁴.

Este primer esquema debe ser completado si se atiende a los procesos específicos de tipificación de conductas contrarias al derecho internacional dentro de este mismo sector del Derecho, y así, siguiendo de nuevo a Bassiouni, el modelo común seguido ha sido generalmente el siguiente: 1) La conducta es cuestión es considerada como delito en las legislaciones internas. 2) Por medio de obras doctrinales y de reuniones internacionales comienza a conformarse la conciencia de la necesidad de su prohibición a nivel internacional. 3) Se elabora un texto internacional que declara esa conducta como contraria al derecho internacional. 4) Se redactan convenios adicionales, cada vez más específicos, en que se detallan los aspectos de esa conducta. 5) Finalmente, se declara esa conducta como un crimen contra el derecho internacional sometido al principio de jurisdicción universal (o sometido a una jurisdicción internacional, en su caso)¹¹⁵.

Con todo, debe hacerse notar que en ambos esquemas, ciertos hechos o situaciones internacionales han acelerado, ralentizado, o incluso alterado notablemente este proceso. Como ejemplo arquetípico del primer fenómeno podría referirse sin duda la Segunda Guerra Mundial, siendo la Guerra Fría el mejor ejemplo del segundo.

Ahora bien, junto a las peculiaridades del proceso de tipificación de estas conductas es necesario señalar que, como dijera Sorensen, sin jurisdicción penal la responsabilidad individual resulta difícilmente materializable¹¹⁶. Esta particularidad hace que, a mi entender, a la postre la faceta jurisdiccional tome un protagonismo esencial en este campo, hasta el punto de que en algunos momentos históricos es posible situarla casi como una fuente de primer orden. Este hecho obligará, entonces, a prestar atención a algunas manifestaciones jurisdiccionales de la responsabilidad internacional en este Capítulo, puesto que sin ellas no podría entenderse el propio desarrollo normativo de este principio.

¹¹⁴ A este respecto, véase BASSIOUNI, M. C: *Derecho Penal.*, *op. cit.*, págs. 53 y 54.

¹¹⁵ Cfr. *Ibid.*, en especial pág. 69.

¹¹⁶ Cfr. SORENSEN, M.: "Principes de Droit...", *op. cit.*, pág. 142.

Teniendo presentes todas estas cuestiones, se puede pasar ya al estudio de la evolución normativa de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de derecho internacional, asumiendo como propia la afirmación de Del Rosal, esto es, que la misma ha de entenderse en el contexto de los sucesos de la cambiante realidad histórica, y frente a ellos no cabe más que una mirada panorámica¹¹⁷.

1. b) Primera fase: Hasta la Segunda Guerra Mundial.

Aunque es posible identificar manifestaciones del derecho internacional penal, a través de la práctica de la extradición, ya hacia el año 1286 a.C.¹¹⁸, en el ámbito propio de la responsabilidad internacional del individuo no es sino hasta muchos siglos después cuando pueden encontrarse los primeros precedentes relevantes documentados¹¹⁹. Teniendo en cuenta que desde tiempos ancestrales la preocupación por el control de la guerra ha estado presente en el pensamiento y actuación de estudiosos y estadistas¹²⁰, no debe extrañar que sea con relación al concepto de “guerra injusta”, allá por el siglo XIII, cuando puede rastrearse el primer caso en que un individuo fue juzgado y condenado por la iniciación de lo que, quizá hoy, se valoraría como un acto de agresión¹²¹. No obstante, es el caso de Peter von Hagenbach, en el año 1474, el que suele citarse como primer antecedente de una verdadera exigencia de

¹¹⁷ Cfr. DEL ROSAL, J.: *Acerca de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 1950, pág. 19.

¹¹⁸ En ese año se firmó un tratado de paz entre Ramses II de Egipto y Hattusili III, rey de los Hititas, en el que se contenía una previsión relativa a la extradición recíproca de los fugitivos. Para más datos, BASSIOUNI, M. C.: *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff, Leiden, 1974, págs. 3-40.

¹¹⁹ No obstante, algunos autores afirman la existencia de exigencia de responsabilidad individual por violaciones de la “leyes internacionales” de la guerra ya en el año 405 a.C., tras la destrucción de la flota ateniense en Aegospotamos. Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pág. 196, así como las referencias que cita.

¹²⁰ El control de la guerra, o mejor dicho, la preocupación sobre cuando es justo o injusto iniciar una guerra ha sido un asunto recurrente desde, al menos, las civilizaciones asirio-babilónica y egipcia. Desde entonces es posible encontrar reflexiones sobre esta cuestión en todo momento histórico y punto geográfico; reflexiones que, podría afirmarse, llegan hasta el día de hoy a través de la discusión sobre la definición legal del crimen de agresión aún hoy no cerrada totalmente. De otro lado, la reglamentación de los conflictos armados es, igualmente, una cuestión que data de muchos siglos atrás: En el segundo milenio antes de Cristo es ya posible encontrar acuerdos entre los sumerios y los egipcios sobre esta cuestión y desde, al menos, la famosa obra de Sun Tzu ha sido un asunto presente a lo largo de toda la historia de la humanidad. Téngase en cuenta además que si bien en un concepto inicial aún muy precario, es posible identificar, paralelamente, el desarrollo ideológico que sirve de sustento a los “crímenes contra la humanidad” al hilo del proceso principal en torno a la “guerra justa” y al comportamiento debido en los enfrentamientos bélicos. Con todo, como se verá, no será hasta bien entrado el siglo XX cuando el concepto de “crímenes contra la humanidad” adquiera una autonomía jurídica propia. Sobre esta última cuestión, GRAVEN, J.: “Les Crimes contre L’humanité”, en *R. des. C.*, núm. 76, 1950-I, en especial págs. 435-474. Siendo ingente la bibliografía sobre estos aspectos generales, para una primera aproximación, véase BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 54-60.

¹²¹ Fue el caso de Conrad Von Hohenstaufen que en 1268 fue juzgado y condenado a muerte por la iniciación de una “guerra injusta”. Véase BIERZANEK, R.: “The Prosecution of War Crimes”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on...*, *op. cit.*, pág. 560.

responsabilidad individual de carácter “internacional”, hecho que ocurrió, si bien no estrictamente durante una guerra, si como consecuencia de la ocupación que de la misma se derivó: Landvogt Peter von Hagenbach, puesto al mando del gobierno de la ciudad fortificada de Breisach por el Duque de Borgoña, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror en el que fueron comunes los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada, actos que alcanzaron también a los habitantes de los territorios vecinos, así como a mercaderes suizos en su camino a Francfort. Una coalición conformada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin combatieron al Duque de Borgoña, sitiando la ciudad de Breisach y derrotando a von Hagenbach. Ya un año antes de la Batalla de Nancy, en la que moriría el Duque de Borgoña, el Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, ordenó su proceso, para cuya realización en vez de remitirse a un tribunal ordinario se instauró un tribunal *ad hoc*, conformado por veintiocho jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades¹²².

En este proceso, un representante del Archiduque que actuaba como demandante declaró que von Hagenbach había *pisoteado las leyes de Dios y del hombre*, mientras que la defensa se escudó en el acatamiento de las órdenes dictadas por el propio Duque de Borgoña; finalmente, el tribunal halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su grado de caballero y de los privilegios que éste le otorgaba, fue ejecutado.

Este incipiente reconocimiento de la responsabilidad individual puede identificarse, igualmente, en los “*Articles of Military Lawnes To Be Observed In Warres*” establecidos en 1621 por el rey Gustavo Adolfo de Suecia, en cuyo artículo 46 se decía que:

“No Colonel or Capitane shall command his soldiers to do any unlawful thing, which who so does shall be punished according to the discretion of the judges...”

Y en la misma línea, puede citarse en caso del Conde Rosen, destituido de todos sus cargos militares en 1689 por Jaime II de Inglaterra por sus atroces métodos de sitio, que incluían el asesinato de civiles inocentes.

Los ejemplos posteriores siguen encontrándose circunscritos al ámbito de la guerra y, en todos ellos, es posible aislar un rasgo determinante: la exigencia de responsabilidad individual por violación de las leyes o costumbres de la guerra aparece como ampliamente aceptada cuando el culpable cae en manos del enemigo, siendo que en caso contrario, resultan extraños los casos en que los responsables son, o incluso se considera que debieran ser juzgados. Así, en la revolución americana se encuentran, de un lado, los ejemplos de los procesos contra el Capitán Nathan Hale, por un tribunal militar británico, y del Mayor John Andre por una comisión de oficiales designada por

¹²² Tribunal considerado como una verdadera Corte Internacional por autores como Schwarzenberger, citado en GREPPI, E.: “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, en *RICR*, N°. 835, 1999; así como ALÍ PLANA, M.: “Derecho Penal Internacional”, en <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/dpi-1.pdf>, pág. 17.

George Washington, y del otro, desoídas peticiones de juicio para el Rey de Inglaterra por llevar a acabo una “guerra contra los derechos naturales de toda la humanidad”.

A pesar de que en esos años autores como von Clausewitz aún abogaban por una guerra en la que todo el daño posible debía ser inflingido al enemigo para asegurarse una victoria definitiva, en la guerra (in)civil estadounidense se mantienen presentes las limitaciones derivadas de las incipientes leyes y costumbres de la guerra, pero siempre bajo el esquema que se acaba de mencionar. Con todo, en este momento histórico es posible identificar algunos otros hechos importantes para este estudio. Uno de los más relevantes fue el conocido como Código Lieber¹²³, cuya importancia, como codificador de las costumbres y leyes de la guerra propias de aquel tiempo, así como elemento de la práctica estatal en clave de derecho internacional consuetudinario, es indiscutible¹²⁴.

En este Código es posible encontrar previsiones como:

“Art. 47. Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred.

(...)

Art. 59. A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captor's army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities. All prisoners of war are liable to the infliction of retaliatory measures.

(...)

Art. 71. Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed”¹²⁵.

La idea de la exigencia de responsabilidad individual por violación de estas “leyes de la guerra” se hizo visible precisamente tras finalizar la propia guerra civil, y así, en base al artículo 59 del Código, se enjuició al Mayor Henry Wirz, del ejército confederado, por la matanza de varios miles de prisioneros de la Unión en la prisión de Andersonville. A pesar de la alegación de seguir órdenes de sus superiores, el proceso culminó siendo el Mayor Wirz condenado a muerte por conspirar para destruir la vida de los prisioneros en violación de las leyes y costumbres de la guerra.

¹²³ *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, promulgadas por la Orden General N.º. 100 del Presidente Lincoln, 24 de abril de 1863. Junto a iniciativas con recepción por parte de los poderes públicos como ésta, durante el siglo XIX y comienzos del XX pueden encontrarse diversos intentos privados de codificación de las normas penales existentes a nivel internacional. Así, el *Projet de Code pénal* de Gregory, el *Das Forum delicti commissi und der Ort der Tat* de von Betz, o el *Projet de Code socialiste* de Desliniers. Para más datos, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 109 y ss.

¹²⁴ Para algunos autores el mismo Código puede considerarse como el primer elemento clave en el DIH moderno. Cfr. MEKHEMAR, L.: “The Status of the Individual in the Statue of the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001, en especial pág. 123.

¹²⁵ Puede consultarse el texto completo de este Código en ALÍA PLANA, M.: “Derecho Penal Internacional”, *op. cit.*, págs. 21-40.

Pocos años después, tras la guerra franco-prusiana de 1870, pueden encontrarse peticiones de creación de un tribunal internacional para juzgar a los responsables individuales de los actos cometidos durante la misma¹²⁶. A pesar de estos intentos, la falta de interés del resto de Estados europeos hizo que acabasen por olvidarse, lo que no ocurrió, en sede interna, tras la guerra hispano-americana y la ocupación de las Filipinas, momento en que los Estados Unidos establecieron una serie de tribunales penales para juzgar la responsabilidad individual de los “crímenes de guerra” cometidos en esos enfrentamientos; actuación que, parcialmente, se repitió en la guerra de los Boers, tras la cual los tribunales británicos juzgaron a los prisioneros de guerra acusados de similares crímenes.

Paralelamente a esos procesos, el Código Lieber sirvió en esos mismos años de inspiración además de para múltiples Códigos militares nacionales, para las Convenciones de la Haya de 1899¹²⁷ y 1907¹²⁸, que sin embargo pueden entenderse como un paso atrás en este camino¹²⁹. Y es que el artículo 3 de la IV Convención de 1907 establecía que:

“La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.”

De este modo, las violaciones a las previsiones de esta Convención –que en atención a su Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre podrían calificarse de verdaderos “crímenes de guerra”- llevarían aparejada la responsabilidad internacional del Estado, en detrimento de la responsabilidad individual de los sujetos responsables. Esta realidad, que supone cierta contradicción con los hechos que se han ido recogiendo, muestra el vacilante paso que se seguía en estos

¹²⁶ La más conocida fue la de Moynier, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*; sobre la misma, véanse KEITH MAY, C.: “La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente”, en *RICR*, N.º 145, 1998; PETIT GABRIEL, E. W.: “La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

¹²⁷ Convención sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptado en La Haya el 29 de julio de 1899, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA: *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1953.

¹²⁸ De las catorce convenciones adoptadas, interesa especialmente la IV Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptada en la Haya el 18 de octubre de 1907, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1996.

¹²⁹ Si bien es cierto que, como indica Peláez Marón, “descendiendo al terreno concreto de los resultados, es de justicia señalar que si en la época no fueron alentadores, desde la atalaya de este comienzo de siglo y milenio, ha de reconocerse el valor de la perspectiva innovadora que las Conferencias plantearon y la importancia que, como precedente, tuvieron los escasos logros efectivos obtenidos por las mismas.” *Vid.* PELÁEZ MARÓN, J. M.: “El desarrollo del derecho internacional penal en el Siglo XX”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización...*, *op. cit.*, pág. 96.

años, tiempo en que la responsabilidad penal del individuo aún no era asumida más que marginalmente en el plano internacional¹³⁰.

No obstante, en lo que aquí ocupa, sí resultan positivos dos hechos: de un lado, el reconocimiento expreso del principio de la responsabilidad del superior¹³¹, del otro, la formulación de la conocida como “cláusula Martens”, incluida tanto en las Convenciones de 1899 como en las de 1907, cuya redacción en el preámbulo de estas últimas rezaba de la siguiente forma:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.”

La importante referencia al derecho consuetudinario contenida en esta cláusula, y en especial a las “leyes de la humanidad”, va a presentar una destacada influencia desde entonces¹³²; influencia que puede sostenerse, leída junto con la Declaración Conjunta de 28 de mayo de 1915 de Francia, Gran Bretaña y Rusia -en la que se condenan los “crímenes contra la humanidad y la civilización” perpetrados por las autoridades otomanas contra la población armenia de Turquía-, y el informe de 1919 de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Penas por Violación de Leyes y Costumbres de la Guerra¹³³ -en el que se aduce a la responsabilidad individual por violaciones de las “leyes de la humanidad”-, supuso un precedente esencial de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales que se establecerán tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En todo caso, esta reflexión, sitúa el análisis en un momento histórico especialmente relevante para este estudio como es la conocida como “Primera Guerra Mundial”¹³⁴. Y es que aunque es la Segunda Guerra Mundial la que puede identificarse

¹³⁰ Recuérdese la existencia de normas internacionales en el campo de la piratería o de la trata de esclavos, por ejemplo, mucho más avanzadas, en el sentido aquí manejado, que las Convenciones de la Haya; si bien, respondiendo no a lo que se ha definido como crímenes de derecho internacional.

¹³¹ Véase el artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la IV Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907.

¹³² Sobre esta cuestión, véase TICEHURST, R.: “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *RICR*, N.º. 140, 1997. Anótese que algunos autores han identificado como primera aparición del concepto, específico, de “crímenes contra las leyes de la humanidad” -o “crímenes contra la humanidad”- el documento “Una carta abierta a Su Serena majestad Leopoldo II, rey de los belgas y soberano del Estado independiente del Congo, por el honorable Coronel George Washington Williams, de los Estados Unidos de América”, escrita hacia 1890 por un pastor protestante en denuncia de la devastación del Congo por el ejército privado y los socios comerciales del entonces monarca de Bélgica. Cfr. VALENCIA VILLA, H.: “El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional”, en YÁNEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001, págs. 110-111.

¹³³ *Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on Enforcement of Penalties*, instituida en la sesión plenaria de la Conferencia de Paz de París de 25 de enero de 1919.

¹³⁴ A pesar de la utilización generalizada del término “Primera Guerra Mundial” sería posiblemente más adecuada la mención de Guerra Europea, tanto por los beligerantes como, esencialmente, por el teatro de operaciones en que la misma se desarrolló. Al mismo tiempo, pudiera alegarse que esta revisión

como verdadero catalizador del proceso que se está analizando, las actuaciones derivadas de la Primera van a marcar un camino que, ha de afirmarse, y a pesar de múltiples desviaciones, llevará a la concepción actual de la responsabilidad internacional del individuo.

En este sentido, deben valorarse las palabras del presidente Wilson durante el mismo desarrollo de la confrontación internacional ante el Congreso de los Estados Unidos, ocasión en la que afirmó que se encontraban ante el comienzo de una época en la que las mismas normas de conducta y responsabilidad que se aplicaban a los Estados y sus gobernantes debían de ser aplicadas a los particulares. Y en esta línea, más concreta fue incluso la declaración francesa remitida a las autoridades alemanas el 5 de octubre de 1918, según la cual, los autores y los organizadores de los crímenes que se estaban cometiendo o se habían cometido debían ser moral, penal y materialmente responsables.

Las mismas atrocidades que estimularon estas palabras son las que impulsarían, a principios de 1919, la creación de la primera comisión de investigación internacional oficial de la historia¹³⁵, la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Penas por Violación de Leyes y Costumbres de la Guerra, con mandato para investigar y realizar un informe acerca de la responsabilidad de aquéllos tanto que habían iniciado la guerra como que habían violado las leyes y costumbres de la guerra, con vistas a su posterior enjuiciamiento y castigo. Este órgano, ya en marzo de 1919 propondría la creación de un Alto Tribunal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los responsables de crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra y violaciones de las leyes de la humanidad.

Aunque en todo el informe de la Comisión la idea de que el castigo debía dirigirse sólo a los nacionales de los Estados derrotados estuvo siempre presente, la Comisión, en las conclusiones de la parte tercera de su informe, fue muy específica al señalar que todas las personas (pertenecientes a los países enemigos), con independencia de su rango e incluido el Jefe del Estado, culpables de ofensas contra las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad, deberán ser criminalmente perseguidos.

Así, es importante hacer notar que ya en este momento se recoge, expresamente, la irrelevancia del cargo que ocupasen los responsables de estos actos a efectos de su enjuiciamiento; hasta el punto que el mismo alcanza hasta al Jefe del Estado. Junto a ello, aunque con una valoración inversa, es de destacar que finalmente

terminológica adolece de importantes fallas historiográficas, en el sentido de analizar los hechos pasados con la perspectiva o nomenclatura del presente, con lo que, para evitar polémicas que no atañen a este estudio, mantendré la referencia mayoritaria de “Primera Guerra Mundial” a lo largo del mismo, sin olvidar la advertencia realizada.

¹³⁵ Así se valora en BASSIOUNI, M. C.: “From Versailles to Rwanda in seventy-five years: the need to establish a permanent international criminal court”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, págs. 12-13. La Comisión estuvo compuesta inicialmente por dos miembros de cada uno de los grandes Estados vencedores: El (entonces) Imperio Británico, Francia, Italia, Japón y los Estados Unidos de América; uniéndose posteriormente representantes de Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Serbia.

la noción de “crímenes contra la humanidad”, o más en concreto, de las “leyes de la humanidad” en que se sustentan, no fue aceptada por parte de los Aliados. Los “crímenes contra la humanidad” parecían no haber adquirido aún autonomía jurídica, y en su mayoría continuaban siendo incluidos dentro de las genéricas “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra”; de ahí que pueda entenderse que los miembros norteamericanos de la Comisión señalaran que si bien las leyes y costumbres de la guerra podían ser claramente identificadas en la práctica de las naciones, un tribunal sólo puede atender a las leyes existentes, y así, debe dejar para otros foros infracciones de las leyes morales o acciones contra las leyes y principios de la humanidad.

En consecuencia, a pesar de que el informe de la Comisión reconoció que las “leyes de la humanidad” existían, podían ser violadas, y castigados los responsables, la negativa de los Aliados llevaría, a la postre, a que sólo las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra fueran valoradas como sancionables tras el fin de la guerra; no siendo hasta la Segunda Guerra Mundial cuando actos similares serían ya jurídicamente calificados como “crímenes contra la humanidad”.

Al mismo tiempo, el informe de la Comisión fue desoído respecto a la posibilidad de enjuiciar al Jefe del Estado; de tal suerte que el único Estado que finalmente lo suscribió, Gran Bretaña, lo hizo formulando la reserva de que los actos de los Jefes de Estados les hacían incurrir exclusivamente en responsabilidad política.

En este contexto, entonces, hay que entender el Tratado de Versalles¹³⁶, que con relación a la vencida Alemania pone fin a la guerra, y en cuya Parte VII se establece que:

“ARTICLE 227. The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.

ARTICLE 228. The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies. The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.

¹³⁶ Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Alemania, adoptado en Versalles el 28 de junio de 1919, el texto puede consultarse en <http://www.history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/vercontents.html>.

ARTICLE 229. *Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power. Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel.*

ARTICLE 230. *The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility”.*

Estas previsiones ponen de manifiesto una tendencia, identificable en todo el proceso ya referido, respecto a las posibles vías de exigencia de responsabilidad internacional individual. Los artículos 227 y 228-229 dejan patente la dualidad de mecanismos existentes, siendo que mientras el artículo 227 se refiere a la creación de un tribunal (especial, no realmente internacional) para “juzgar” al máximo responsable de los crímenes en cuestión, los artículos 228 y 229 establecen la obligación de entregar a los responsables de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra a los tribunales militares de las potencias aliadas; dualidad que, señálese, se mantendrá desde entonces hasta el presente.

En todo caso, a pesar de la importancia de estas disposiciones debe reconocerse que su puesta en práctica fue bastante decepcionante. El artículo 227 nunca desplegó totalmente sus efectos, ya que el Kaiser se refugió en Holanda, país que se negó a conceder su extradición bajo una triple consideración: de un lado, que los crímenes que se le imputaban (“*the supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*”¹³⁷) eran de carácter político, del otro, que la ley holandesa sólo permitía la extradición a Estados individuales, no a coaliciones de Estados como era el caso de los Aliados, y finalmente, que el enjuiciamiento del Kaiser por los hechos que se le imputaban violaría el principio de *nullum crime sine lege*. Por todo ello, y sobre todo ante la ausencia de intentos posteriores, el Kaiser acabó viviendo en Holanda hasta su muerte.

El artículo 228, tampoco fue nunca efectivo, ya que Alemania solicitó que los juicios fueran realizados por sus tribunales nacionales, y los Estados aliados, movidos por motivaciones más políticas que jurídicas, accedieron. A tal efecto tuvieron lugar los conocidos como “juicios de Leipzig”, en los que a través del informe de febrero de 1920 de la referida Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Penas por Violación de Leyes y Costumbres de la Guerra, los Aliados pusieron en conocimiento de Alemania los nombres de ochocientos noventa y cinco¹³⁸ responsables de violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra. De nuevo, motivos políticos acabaron reduciendo la lista a sólo cuarenta y cinco acusados, de los cuales solamente doce fueron juzgados en la “Criminal Senate” de la “Imperial Court of Justice” de Leipzig –y tan sólo seis condenados-. A pesar del reducido número de

¹³⁷ Esta mención estaba referida, fundamentalmente, a la violación de la neutralidad de Bélgica.

¹³⁸ Existe cierta controversia en este punto sobre el número de criminales remitidos por la Comisión, pudiendo encontrarse diversos trabajos con cifras no coincidentes. En todo caso, todas ellas pueden situarse en una horquilla entre los ochocientos cincuenta y los novecientos casos. Sobre algunos de estos estudios, véase BASSIOUNI, M. C.: “From Versailles to...”, *op. cit.*, pág. 14.

casos, y de su circunscripción mayoritaria al trato a los supervivientes de barcos torpedeados y de los prisioneros de guerra en general, a los efectos que aquí interesan cabe destacar que de forma clara e indubitada la exigencia de responsabilidad individual fue claramente establecida¹³⁹, aunque su puesta en práctica fue poco edificante.

Finalmente, el artículo 229 tampoco se aplicó nunca ya que en un primer momento, no se crearon los tribunales militares que preveía pues Alemania se negó a extraditar a sus propios nacionales¹⁴⁰, y en un estadio posterior, a pesar de la insatisfacción de los Aliados por el modo en que estaban llegando los casos a la Corte de Leipzig, no se produjeron peticiones de extradición formales, siendo que solamente en Francia y Bélgica se realizaron algunos juicios *in absentia*.

Por todo ello, la virtualidad del artículo 230 fue, igualmente, prácticamente mínima.

Además de este tratado se firmaron acuerdos de paz con Austria¹⁴¹, Bulgaria¹⁴² y Hungría¹⁴³, en los que se incluyeron artículos con idéntico contenido a los del Tratado de Versalles en el ámbito de la responsabilidad individual¹⁴⁴, y cuya virtualidad fue similar.

Respecto a Turquía, en 1920 se firmó el Tratado de Sèvres¹⁴⁵, en el que aparte de las previsiones respecto a las condiciones de la paz, se encuentran una serie de artículos (del 226 al 230) relativos a la responsabilidad individual; su literal es muy pareciado al de los otros acuerdos mencionados. Al igual que en el caso de los tratados de Versalles, St. Germain-en-Laye, Neuilly-sur-Seine y Trianon, y por idénticas razones, la exigencia de responsabilidad individual se reducía a las violaciones de las leyes y costumbres, y su puesta en práctica fue aun más decepcionante que en aquéllos: A

¹³⁹ Son especialmente significativos los casos del Capitán Emil Muller, condenado por su brutal trato a los prisioneros de guerra, y de los barcos *Llandovery Castle* y *Dover Castle*, por cuyo hundimiento fueron condenados los Primeros Tenientes Ludwig Ditman y John Boldt, en el primer caso, y absuelto el Teniente-Capitán Karl Newmann, en el segundo, que basó su defensa en el seguimiento de órdenes superiores. Para más datos, véanse BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, págs. 325-326; BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 200-203, así como las referencias que cita.

¹⁴⁰ La propia Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919, establecía en su artículo 112 que ningún alemán podrá ser entregado a un Gobierno extranjero para ser enjuiciado o penado.

¹⁴¹ Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Austria, adoptado en St. Germain-en-Laye el 11 de septiembre de 1919. En el Protocolo Adicional a este Tratado se incluye también un artículo referido a la responsabilidad individual según el cual: "*Proceedings will be taken against persons who have committed punishable offences in the liquidation of Austria property, and the Allied and Associated Powers will welcome any information or evidence which the Austrian Government can furnish on this subject.*" Los textos de estos dos tratados pueden consultarse en <http://www.firstworldwar.com/source/post1919.htm>.

¹⁴² Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Bulgaria, adoptado en Neuilly-sur-Seine el 27 de noviembre de 1919, en <http://www.firstworldwar.com/source/post1919.htm>. Véase, asimismo, el artículo 2 de su Protocolo.

¹⁴³ Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Hungría, adoptado en Trianon el 4 de junio de 1920, en <http://www.firstworldwar.com/source/post1919.htm>.

¹⁴⁴ Véanse los artículos 173, 174, 175, 256 y 275 del Tratado de St. Germain-en-Laye, artículos 118, 119 y 120 del Tratado de Neuilly-sur-Seine, y artículos 157, 158, 159 y 160 del Tratado de Trianon.

¹⁴⁵ Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Turquía, adoptado en Sèvres el 10 de agosto de 1923, en <http://www.firstworldwar.com/source/post1919.htm>.

comienzos de 1919 las autoridades turcas, bajo supervisión de los Aliados, habían detenido a muchos sospechosos e incluso sentenciado a treinta y cuatro de ellos para julio de 1920, y las autoridades británicas habían encarcelado a ciento ocho turcos en la isla de Malta para agosto de 1920¹⁴⁶, sin embargo, diversas motivaciones políticas hicieron que el Tratado de Sèvres nunca fuera ratificado y sí sustituido por el Tratado de Lausana¹⁴⁷, en el que como consecuencia de la “Declaración de Amnistía para todos los delitos cometidos entre 1914 y 1922” otorgada por los Aliados dentro de la negociación general del Tratado, desaparecieron todas las referencias a la responsabilidad individual, ya por los crímenes contra los armenios, ya por las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra.

Las actuaciones de la llamada Primera Guerra Mundial muestran, en definitiva, que si bien normativamente parecía asumido el principio de la responsabilidad penal individual por, esencialmente, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra¹⁴⁸, una vez acabada la guerra, y siempre con relación a los nacionales de los Estados vencidos, su puesta en práctica, jurisdiccionalmente, por cualquiera de las dos vías indicadas, presentaba aún muchas deficiencias.

Un ejemplo patente de este estado de cosas fue la inclusión en la legislación militar alemana, posterior a la Constitución de Weimar, del reconocimiento normativo de una responsabilidad individual cuya materialización, como se ha visto, fue más que parcial por parte de las propias autoridades de aquel país. De este modo, la ordenanza “*Usage in Land Warfare*”, tras enumerar las violaciones contenidas en la Convención de la Haya de 1907, señalaba que:

*“Any person who violates these prohibitions shall be responsible by his own state. If he is taken prisoner, he shall be punished according to the laws of war”*¹⁴⁹.

Para completar el escenario, puede indicarse el poco apoyo gubernamental a las peticiones de la *Association Internationale de Droit Pénal*, tras los juicios de Leipzig, de establecimiento de un tribunal internacional encargado de sancionar las violaciones del nascente derecho internacional penal, así como tanto a otros intentos de creación de un tribunal penal internacional como a diversas iniciativas en el campo de la responsabilidad internacional del individuo¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Realmente, los británicos debieron sacar ellos mismos a los acusados de las prisiones turcas, pues ante la petición de traslado hecha a las autoridades de aquel país, sólo obtuvieron por respuesta una negativa basada en el derecho soberano de Turquía a juzgar a sus súbditos.

¹⁴⁷ Tratado de Paz con Turquía, adoptado el 24 de julio de 1923, en <http://www.firstworldwar.com/source/post1919.htm>.

¹⁴⁸ En este sentido, autores como Quintano Ripollés afirman que “... el impunitismo no es ya “costumbre” válida en la opinión jurídica del Derecho Internacional de vocación penal, latiendo la contraria, de precisión ineludible de castigo, desde el final de la primera Guerra Europea...”. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pág. 76. Similar conclusión puede encontrarse en BAZELAIRE, J.-P. y CRETIN, TH.: *La justice pénale internationale: son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, pág. 16.

¹⁴⁹ Recogido en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, op. cit., pág. 199.

¹⁵⁰ A este respecto, LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte...*, op. cit., pág. 17; PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de derecho penal internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 134.

En todo caso, debe señalarse finalmente que a pesar del notorio estancamiento posterior de la regulación internacional en el campo de las leyes y costumbres de la guerra, motivado por la consideración de la Primera Guerra Mundial como “el final de todas las guerras”, así como por la confianza en un prolongado período de paz bajo la supervisión de la Sociedad de Naciones, y que alcanzó incluso al famoso Proyecto de Código Penal Internacional de los considerados como padres del derecho internacional penal, los profesores Pella y Saldaña, todos estos antecedentes influirían unos años después en la redacción de uno de los dos únicos instrumentos, relevantes a los efectos de este trabajo, aprobados en este lapso de tiempo. Y es así que el I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña¹⁵¹, a diferencia de las previsiones de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, e incluso del II Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra¹⁵², contenía ya en su artículo 30 una disposición en la que se identifica, a pesar de cierta ambigüedad, la exigencia de responsabilidad individual.

Casi un año antes se firmaría el Pacto de París¹⁵³, en virtud del cual las Partes condenaban el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales, y renunciaban a ella como instrumento de política en sus mutuas relaciones. Aunque en este Pacto las relaciones de responsabilidad se establecían en clave estatal, su quebrantamiento aparecería después como uno de los fundamentos utilizados por el TMI de Nuremberg para responsabilizar a los individuos por “crímenes contra la paz”.

En el ámbito interamericano, ha de apuntarse al menos que los bombardeos del Puerto del Casado dentro del conocido como “conflicto del Chaco” (1932-1935) entre Bolivia y Paraguay, llevarían al Presidente de este último Estado, Eusebio Ayala, a declarar el 23 de abril de 1933: “*Con todo el dolor de mi corazón notifico a Bolivia que si continúa con sus **crímenes de lesa derecho de gentes y lesa humanidad**, se tomarán represalias por las vidas paraguayas inocentes sacrificas...*”¹⁵⁴.

En resumen, el proceso examinado pone de manifiesto el modo en que las declaraciones y principios que luego se materializarían y desarrollarían tras la Segunda Guerra Mundial quedan ya esbozados en estos años. La exigencia de responsabilidad penal del individuo por violaciones de las leyes y costumbres de la guerra está normativamente asentada con claridad, y los precedentes de Tribunales Internacionales para su castigo, condensan su lenta evolución en las propias previsiones del Tratado de Versalles.

Aún sigue vigente, no obstante, la consideración fundamental de que son los Estados vencedores los que materializarán, directa o indirectamente, esa exigencia sobre

¹⁵¹ Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, adoptado en Ginebra el 27 de julio de 1929, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA: *Manual de la Cruz...*, *op. cit.*

¹⁵² Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, adoptado en Ginebra el 27 de julio de 1929, *ibíd.*

¹⁵³ Pacto de Briand-Kellogg, adoptado en París el 27 de agosto de 1928, en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm>.

¹⁵⁴ Citado en QUEREJAZU CALVO, R.: *Historia de la Guerra del Chaco*, Librería Editorial, La Paz, 1998, pág. 71. La negrita es mía.

los nacionales de los vencidos, y no consolidada una verdadera dimensión jurisdiccional de la misma, más allá de la *realpolitik*.

1. c) Segunda etapa: De la Segunda Guerra Mundial a la caída del muro de Berlín.

Pocos hechos han influido tanto en la historia reciente de la humanidad como la Segunda Guerra Mundial. La enorme devastación y crueldad que protagonizaron esos seis años sobrecogieron todos los ámbitos de la vida humana, y el derecho internacional, por supuesto, no fue ajeno a esta “catarsis”. De hecho, el período iniciado tras el fin de la Guerra Mundial ha sido calificado como de cambios sin precedentes en las relaciones internacionales, en el que se dieron hondas transformaciones en la Comunidad Internacional¹⁵⁵; y todas estas transformaciones y cambios encuentran su origen inmediato en la conflagración mundial. Así, aunque el escenario internacional surgido tras 1945 es un sistema clásico en lo que respecta a sus orígenes, producto de una guerra entre las potencias del sistema, todo lo demás (estructura, proceso, normas) lo va a diferenciar claramente de los anteriores sistemas (el de Viena o el de Versalles, por ejemplo)¹⁵⁶.

Es precisamente en el campo de la responsabilidad internacional del individuo donde desde casi los comienzos de la guerra se inició un proceso cuyas implicaciones son esenciales para entender todo el desarrollo, y cambio de concepción, posteriores. Ya en 1941 tanto Churchill como Roosevelt declararon su intención de, dejando atrás las vacilaciones vividas tras la Primera Guerra Mundial, castigar las atrocidades cometidas por las tropas del Eje contra las minorías étnicas, especialmente la judía, los civiles, y los prisioneros de guerra. A esta decisión siguió, en enero de 1942, la Declaración de *Saint James*, en virtud de la cual se establecería la *United Nations War Crimes Commission*¹⁵⁷, así como la nota del gobierno británico, de 6 de agosto de 1942, en la que se sugerían acuerdos y modos para castigar a los culpables de tales actos para evitar una explosión incontrolada de venganzas al fin de la guerra -y en la que, una vez más, se reconoció la existencia de una normativa consolidada en el campo del desarrollo de la guerra¹⁵⁸-. Con posterioridad, en la declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido, de diciembre de 1942, se afirmó que esos crímenes serían

¹⁵⁵ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 97.

¹⁵⁶ En este sentido, BARBÉ, E.: *Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 235.

¹⁵⁷ La Comisión estaba compuesta por representantes de diecisiete Estados, muchos de ellos con gobiernos en el exilio, y tenía como mandato investigar exclusivamente los crímenes de guerra perpetrados, pese al deseo de algunos de sus representantes de ocuparse, igualmente, de las atrocidades cometidas contra el pueblo judío. Aunque finalmente la Comisión pudo reunir más de ocho mil dossiers de criminales de guerra, su trabajo nunca contó con un verdadero soporte de las Potencias Aliadas que, a la postre, se focalizaría en los TMIs. Para más datos, BASSIOUNI, M. C.: “From Versailles to...”, *op. cit.*, págs. 19-21.

¹⁵⁸ La nota señala que: “*In dealing with war criminals, whatever the court, it should be apply the exiting laws of war, and no specific ad hoc law should be enacted.*”

juzgados por los Aliados; posición que se reiteraría en la Proclamación Aliada de 5 de enero de 1943.

Aunque, como reconociera años después Lord Shawcross, durante las negociaciones previas a la Conferencia de Yalta de 11 de febrero de 1943, Stalin pasó a defender directamente la pertinencia de fusilar sumariamente a alrededor de cincuenta mil oficiales del Estado Mayor alemán, pues no era necesario ningún juicio para determinar su condición de criminales -proposición que no fue totalmente censurada por el Presidente Roosevelt-, finalmente se impuso la posición de Churchill, que abogaba por el camino marcado por las declaraciones referidas¹⁵⁹.

Con todo, sin desatender estos precedentes, fue la Declaración de los Aliados de Moscú de 30 de octubre de 1943 el documento más significativo en este proceso inicial, en tanto que es en ella donde las potencias aliadas afirmaron conjuntamente la intención inequívoca de castigar a todos los responsables de los crímenes cometidos durante la guerra¹⁶⁰. Este hecho, en todo caso, no obstó para que la Unión Soviética, ya desde 1943 y hasta 1944, llevase a cabo por su propia cuenta varios procesos contra responsables nazis capturados de baja graduación acusados del exterminio de alrededor de diez mil personas en el este de su territorio, así como contra ciudadanos soviéticos acusados de traición y colaboración en la comisión de las masacres.

En la progresión indicada, el instrumento de rendición de Italia, de 29 de septiembre de 1943, ya establecía ente las condiciones de la misma que:

*“ Benito Mussolini, his chief Fascist associates, and all persons suspected of having committed war crimes or analogous offences¹⁶¹ whose names appear on lists to be communicated by the United Nations and who now or in the future are on territory controlled by the Allied Military Command or by the Italian Government, will forthwith be apprehended and surrendered into the hands of the United Nations. Any instructions given by the United Nations to this purpose will be complied with ”*¹⁶².

Hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, el texto aprobado en la Conferencia de Postdam, de 2 de agosto de 1945, mantiene intactas las mismas intenciones que las declaraciones ya citadas¹⁶³, siendo la fecha clave en este proceso el 8 de agosto de 1945, cuando con el Acuerdo para la persecución y castigo de los grandes

¹⁵⁹ Puede encontrarse la entrevista al después Fiscal del TMI de Nuremberg, Lord Shawcross, en el capítulo “Ajuste de Cuentas” de la serie documental “El Mundo en Guerra”, distribuida por S.A.V., en España.

¹⁶⁰ Nótese que la fórmula que se adoptó, manteniendo el modelo dual ya mencionado, expresaba la voluntad de juzgar a los soldados y oficiales responsables en los países aliados, mientras que para los máximos responsables se preveía la sanción a través *“une décision commune des gouvernements alliés”*. Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité...”, *op. cit.*, pág. 174.

¹⁶¹ La inclusión de la mención a *“analogous offences”* no es casual, y en realidad puede entenderse como un embrión del futuro reconocimiento autónomo de los “crímenes contra la humanidad”.

¹⁶² Vid. Artículo 29 del *Instrument of Armistice and surrender of the Italian Forces to the Commander-in-Chief of the Allied Forces*, Gen. Dwight D. Eisenhower, firmado en Sicilia el 29 de septiembre de 1943. Puede encontrarse una versión electrónica en http://www.ibiblio.org/pha/war.term/093_01.html.

¹⁶³ En varias partes del “Protocol of Proceeding” es posible encontrar menciones como *“war criminals and those who have participated in planning or carrying out Nazi enterprises or resulting in atrocities or war crimes shall be arrested and brought to judgment”*; *“the three Governments reaffirm their intention to bring these criminals to swift and sure justice...”* Pueden consultarse varios otros extractos relevantes en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 576-579.

criminales de guerra del Eje europeo (la Carta de Londres), Francia, Gran Bretaña, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética decidieron crear el TMI de Nuremberg.

El Estatuto de este Tribunal, anexo a la Carta de Londres, establecía en su artículo 1 que su objeto era *“the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis”*¹⁶⁴, esto es, la exigencia de responsabilidad individual, a través de un Tribunal Internacional, para los mayores criminales del Eje. Objetivo idéntico al del TMI para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio), creado el 19 de enero de 1946, pero en este caso por una Orden del General MacArthur, Comandante Supremo de las Potencias Aliadas en el Teatro de Operaciones del Pacífico, cuyo artículo 1 reiteraba la fórmula anterior¹⁶⁵.

Para cumplir ese objetivo, ambos Tribunales gozarían de competencia bajo la siguiente fórmula:

“The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: (a) Crimes Against Peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing; (b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

*Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”*¹⁶⁶.

Estas previsiones establecieron tajantemente la responsabilidad internacional del individuo, la cual alcanzaba a todo aquel responsable de los crímenes competencia de los TMIs; y es que en línea ascendente: *“The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”*, decía el artículo 7 del Estatuto del TMI de

¹⁶⁴ Puede consultarse una versión electrónica del Estatuto en <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/ncharter.html>.

¹⁶⁵ Puede encontrarse una versión electrónica del Estatuto en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>.

¹⁶⁶ *Id.* Artículo 6 del Estatuto del TMI de Nuremberg. El Estatuto del TMI de Tokio prevé, por su parte, similar aunque no idéntica disposición en su artículo 5.

Nuremberg¹⁶⁷; y en línea descendente: “*The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires*”, preveía el artículo 8. Disposiciones ambas que se encuentran, aunque con cierta diferencia, en el artículo 6 del TMI de Tokio¹⁶⁸, y que permitieron, señálese, el enjuiciamiento de Karl Dönitz, en su calidad de Jefe de Estado de Alemania desde el 1 al 9 de mayo de 1945. Durante ese período se consideró que Dönitz libró activamente una guerra de agresión, opinión fundada en parte en la orden que impartió a las Fuerzas Armadas alemanas para que continuaran las acciones de guerra en el Extremo Oriente; sobre esa base, Dönitz fue condenado, conforme a las imputaciones Dos y Tres del acta de acusación, a una pena privativa de libertad de diez años¹⁶⁹.

No obstante, junto al reconocimiento de la responsabilidad penal de los Jefes de Estado, la verdadera novedad normativa de estas previsiones reside en la inclusión de los crímenes contra la humanidad como figura, aunque operativamente dependiente de otros crímenes, conceptualmente autónoma¹⁷⁰; y es que como se ha visto y como reconoce el propio Lord Shawcross, “*nor is the principle of individual international responsibility for offenses against the law of nations altogether new. It has been applied not only to*

¹⁶⁷ Resulta interesante anotar que en la línea de lo apuntado respecto a los procesos seguidos tras el final de la “Primera Guerra Mundial”, las mayores discusiones en relación con el reconocimiento de la responsabilidad internacional del particular se dirigieron precisamente a si ésta alcanzaba a los individuos que, gozando de una elevada posición de responsabilidad, actuaban en nombre de un Estado. Pese a las opiniones iniciales de Estados como Francia en el seno de la Conferencia de Londres, finalmente la respuesta afirmativa a esta cuestión acabó imponiéndose, sustentándose en una argumentación que, como se ha mencionado, hoy por hoy ha sido puesta en tela de juicio por la CIJ. En palabras del TMI de Nuremberg: “*The principle of international law which under certain circumstances protects the representatives of a state cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings.*” Sobre este particular, véase el interesante trabajo de MINEAR, R. H.: *Victors’ Justice. The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1972, en especial págs. 42-47.

¹⁶⁸ Véase especialmente la posibilidad de considerar la posición oficial como atenuante.

¹⁶⁹ El emperador del Japón, Hirohito, sin embargo, no fue juzgado por el TMI de Tokio, pero esta ausencia no fue debido a cuestiones legales sino políticas.

¹⁷⁰ Autonomía, en todo caso, relativa pues como se verá, y como bien apunta Roberge: “*...el concepto de crimen de lesa humanidad siguió siendo vago, confundiéndose a menudo con el de crimen de guerra. Se consideraba que el primero era delito accesorio y era mencionado casi exclusivamente para proteger a los habitantes de un país extranjero contra las autoridades de la Potencia ocupante. El Tribunal interpretó de tal manera el artículo 6 c) que este crimen formaba parte de la definición de crimen de lesa humanidad solamente cuando se cometía en el marco de un crimen contra la paz o de un crimen de guerra o en relación con el uno o con el otro. Eso no significa que el crimen cometido antes de 1939 no formase parte de la categoría de crímenes contra la humanidad, sino más bien que era necesario establecer un nexo (nexus causae) entre los actos previstos en el artículo 6 (c) y la guerra. El Tribunal consideraba, pues, que son elementos esenciales no sólo la nacionalidad de las víctimas y el país donde se han cometido los crímenes, sino también la relación que pueden tener con los crímenes contra la paz o los tradicionales crímenes de guerra.*” Vid. ROBERGE, M.-C.: “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, en RICTR, N°. 144, 1997, pág. 696. Hacia 1989, se reconocerá en el asunto *R. v. Finta* la existencia de “crímenes contra la humanidad” en el derecho internacional con anterioridad a este momento, pero no cabe duda de que es con el Estatuto del TMI de Nuremberg donde adquieren, por vez primera, ese “cierto” carácter autónomo.

pirates. The entire law relating to war crimes, as distinct from the crimes of war, is based upon the principle responsibility"¹⁷¹.

Excede del ámbito y posibilidades de este trabajo abordar en detalle el proceso que se siguió en las discusiones previas a la redacción de estos Estatutos¹⁷², pero si se recuerdan los antecedentes ya mencionados y se tiene presente que, muy especialmente, los Estados Unidos de América optaron, en este momento, por cambiar su criterio anterior y considerar necesaria la persecución de crímenes distintos a los propios de las leyes y costumbres de la guerra¹⁷³, podrá entenderse mejor la aparición de unos crímenes que con anterioridad, aun genéricamente enunciados, fueron jurisdiccionalmente descartados.

En todo caso, de lo novedoso de esta inclusión específica se derivaron, en cierto sentido, algunas deficiencias en su concreción jurídica¹⁷⁴; así, basta atender a las disposiciones del artículo 5.c) del Estatuto del TMI de Tokio para identificar claras diferencias respecto a la definición contenida en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg:

"Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan."

Desde luego, la novedad no agota la explicación a estas divergencias, y es que, en mi opinión, la misma ha de buscarse en el espíritu que subyacía durante todo este proceso: el objetivo del mismo no era consolidar ningún instrumento jurídico internacional perfeccionado para la persecución general de los responsables de aquellos crímenes, sino juzgar y sancionar a todos los responsables – pertenecientes a los Estados vencidos, obvia decirlo- de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial. Buen ejemplo de ello es que una de las diferencias entre las definiciones de los

¹⁷¹ Citado en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, pág. 207.

¹⁷² De nuevo, la obra de referencia sobre esta cuestión, a mi parecer, es el trabajo de Bassiouni, BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, en especial véanse las páginas 1-45, 147-235. De igual modo, puede consultarse GRAVEN, J.: "Les Crimes contre L'humanité", *op. cit.*, págs. 456 y ss.

¹⁷³ Ténganse presentes, en este sentido, las recomendaciones de la *London International Assembly* de 1944, en las que basándose en el fracaso de la persecución de los criminales de guerra tras la "Primera Guerra Mundial" se recomendó "that a comprehensive view should be taken, including not only the customary violations of the laws of war, but any other serious crime against local law committed in time of war, the perpetrator of which has not been visited by appropriated punishment"; en esta misma línea, aunque de forma mucho más ambiciosa, la conocida como *United Nations War Crimes Commission* sostuvo la existencia de un sistema "of international law under which individuals are responsible to the community of nations for violations rules of international criminal law, and according to which attacks on the fundamental liberties and constitutional rights of people and individual persons, that is inhuman acts, constitute international crimes not only in time of war, but also, in certain circumstances, in time of peace." *Vid.* BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 179-180.

¹⁷⁴ Sin perjuicio de todo lo que expondrá, a este respecto es interesante consultar MAISON, R.: *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, Bruselas, 2004, págs. 87-143.

Estatutos de los TMI de Nuremberg y Tokio se refiere a la exclusión entre los motivos de persecución sancionados de los “religious grounds” en el TMI de Tokio, ya que, a diferencia del caso europeo –básicamente de los judíos en Europa- no hubo persecuciones bajo esa motivación en el Extremo Oriente. La definición, por tanto, variaba con relación a qué se quería o debía perseguir en cada caso y lugar¹⁷⁵.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Ley n.º. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania¹⁷⁶, la cual –siguiendo el patrón dual ya señalado- tenía por objeto el establecimiento de las pautas generales que los comandantes de cada zona ocupada deberían aplicar para perseguir y enjuiciar a los responsables de los distintos crímenes de derecho internacional. A este respecto, su artículo 2. c) contenía una definición de los crímenes contra la humanidad que, para complicar un poco más el escenario apuntado, no era totalmente coincidente con la prevista en ninguno de los dos Estatutos de los TMI:

“Crimes against Humanity. Atrocities and offences, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.”

En este caso se presentan los crímenes contra la humanidad bajo la formulación de un listado de actos no exhaustivo, en el que se incluyen expresamente figuras como el encarcelamiento, la tortura o las violaciones, y en el que, lo que resulta más llamativo, se excluye toda referencia a la necesidad de nexo unión con otros crímenes, así como las menciones a la guerra. Consecuentemente, las decisiones de los tribunales internos de las zonas ocupadas, aun influenciados por la jurisprudencia del TMI de Nuremberg, recogieron en sus actuaciones esta concepción de los crímenes contra la humanidad, apoyándose en ella a la hora de dictar sentencia.

De cualquier modo, lo cierto es que la regulación contenida en la Ley n.º. 10 del Consejo de Control Aliado presenta una naturaleza jurídica cuanto menos problemática. Como punto de partida habría que señalar que, en realidad, esta norma no es más que una disposición de derecho interno destinada a aplicarse sobre una base territorial claramente determinada. No obstante, la propia Ley n.º. 10 se autoconfigura como un instrumento para hacer efectivos dos textos internacionales como la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945¹⁷⁷; particular que hace que, finalmente, la misma se considere como una norma con cierto

¹⁷⁵ Sobre otras diferencias, BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs.32-45. Sobre las deficiencias o imperfecciones de las mismas, GRAVEN, J.: “Les Crimes contre L’humanité”, *op. cit.*, págs. 465-473.

¹⁷⁶ *Allied Control Council Law No. 10. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, de 20 de diciembre de 1945 (version electrónica en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm>). No existe norma similar en el escenario del Extremo Oriente, ya que los Estados Unidos de América era la única potencia ocupante del Japón.

¹⁷⁷ El propio preámbulo de esta norma dispone: “In order to give effect to the terms of the Moscow Declaration of 30 October 1943 and the London Agreement of 8 August 1945, and the Charter issued pursuant thereto and in order to establish a uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by International Tribunal, the Control Council enacts as follows...”

carácter híbrido, en atención a su naturaleza prioritaria, a los órganos a los que está dirigida y a las fuentes de la que deriva.

A todo lo anterior ha de añadirse que, en la práctica, los diversos tribunales de las zonas ocupadas aplicaron sus propios códigos militares en detrimento de esta norma, haciendo más complejo si cabe delimitar una definición única de los crímenes contra la humanidad en este ámbito y momento.

En definitiva, las deficiencias en la técnica jurídica en lo que aquí ocupa son aún de una notable entidad; crítica puntual que es, con importantes matices, extensible a algunos de los reproches más frecuentes que se hicieron en relación con todo el proceso seguido tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y muy sensiblemente al derivado de ambos TMIs¹⁷⁸. Y es que, en realidad, bien podría argüirse que todo aquel conjunto de actuaciones no fueron más que la consecuencia de la clara voluntad finalista que predominaba en aquellos días¹⁷⁹; voluntad caracterizada, recientemente y desde un enfoque más amplio, por Teitel de la siguiente manera: *“Historically, successors trials rely on a concept of tyranny grounded in treason; of the unjust war as the lost war. This early understanding of the relation of law to justice yields to another formulation at Nuremberg, where trials were used to Express a much broader normative message going beyond the judgment of a defeated foreign regime, to distinguish “just” from “unjust” violence”*¹⁸⁰.

No obstante, a los efectos de este trabajo lo importante es retener que en este momento histórico, de los enunciados generales se dio el pasó a la primera definición escrita de los crímenes contra la humanidad, quedando configurados, aun con las ambigüedades y divergencias apuntadas, desde una perspectiva estrictamente internacional por al menos tres características:

1) Han de ser cometidos en conexión con una guerra. A pesar de que una lectura rápida de la previsión normativa del artículo 6. c) del Estatuto del TMI de

¹⁷⁸ En líneas generales, estas críticas pueden resumirse en: 1) Que la creación de los tribunales y su composición por Decreto de los aliados, en la medida de que no se conformaba al derecho internacional preexistente, era inválida. 2) Que se trataba de jurisdicciones creadas por los vencedores del conflicto para juzgar los crímenes de las potencias vencidas (lo cual hacía dudar de su objetividad, duda más que razonable como se vio en el caso del TMI de Tokio). 3) Que durante el procedimiento no fueron respetados los principios de imparcialidad y objetividad del debido proceso, ya que los jueces eran exclusivamente nacionales de las Potencias vencedoras (mientras, otros sostuvieron que los resultados respondían a una necesidad de justicia material que no se hubiera producido de haber dejado el castigo a los tribunales nacionales). 4) Que existía vulneración de los principios de legalidad (falta de normas penales internacionales propiamente dichas anteriores a la comisión del delito –irretroactividad de las leyes penales–, argumento esencialmente esgrimido frente a los crímenes contra la paz pero extensible a los crímenes contra la humanidad), del principio de *nulla poena sine previa lege* (nunca se habían fijado penas para las violaciones en cuestión), y del principio del juez natural. Para una crítica a algunos de estos argumentos, véase apartado 2. a) del capítulo IV.

¹⁷⁹ En palabras del propio Tribunal de Nuremberg: *“... and so far from being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished...”* Véase, KITTICHAISAREE, K.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 18. Sobre este particular, consúltese igualmente DONNEDIEU DE VABRES, H.: “Le Procès de Nuremberg devant les Principes Modernes du Droit International Pénal”, en *R. des. C.*, núm. 70, 1947-I, págs. 574-577.

¹⁸⁰ *Vid.* TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 29.

Nuremberg podría hacer pensar que los crímenes contra la humanidad pueden cometerse “*before or during the war*”, la exigencia que figura a continuación “*in execution or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal*”, los configura como dependientes de crímenes que se presentan directamente ligados a los tiempos de guerra. Pese a la eliminación de cualquier referencia a la guerra en la definición de los crímenes contra la humanidad en la Ley n.º. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, la práctica posterior de los dos TMIs afirmó la necesidad de esta conexión; si bien, no en todos los casos el TMI de Nuremberg atendió a esta relación como tal, siendo que en las causas contra Streicher y von Schirach ambos acusados fueron condenados solamente por la comisión de crímenes contra la humanidad¹⁸¹.

2) Deben dirigirse contra la población civil, en el entendimiento de que ésta es nacional del Estado que comete los crímenes. De lo contrario, se estaría ante crímenes de guerra, pues en este momento histórico la unión entre el concepto de crímenes contra la humanidad y la guerra es aún muy estrecha, y es así que, en última instancia, es la nacionalidad de la víctima el elemento que permite configurar uno y otro de estos crímenes –y aquí radica, en realidad, la gran importancia del concepto de crímenes contra la humanidad¹⁸².

3) Su castigo es independiente de la existencia, o no, de normas que así lo prevean en el ordenamiento jurídico interno del Estado donde se cometan.

A estas tres notas habría que añadir probablemente una cuarta, propia de la intención y momento de redacción de estos textos, como es que sus autores actúen en interés de un Estado, tal y como se desprende del primer párrafo de los artículos citados; aunque la ya mencionada causa contra Gustav Krupp von Boleen und Halbach se inició sin que el acusado hubiera sido nunca funcionario del Estado alemán.

Con todo, esta compleja plasmación de los crímenes contra la humanidad debe evaluarse, igualmente, teniendo muy presente lo sostenido por el mismo TMI de Nuremberg en la causa contra Goering, esto es que:

*“The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent it itself a contribution to international law”*¹⁸³.

Sobre la base de las disposiciones glosadas, ambos TMIs juzgaron a un total de cincuenta¹⁸⁴ altos cargos alemanes/japoneses¹⁸⁵, constituyéndose además, tal y como

¹⁸¹ Cfr. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, pág. 327-333; BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 187-188; FLORES, M.: “Desarrollo de la responsabilidad penal del individuo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z.: *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I, Drnas-Lerner, Argentina, 2002, pág. 609; GRAVEN, J.: “Les Crimes contre L’humanité”, *op. cit.*, págs. 466-468; GREPPI, E.: “La evolución...”, *op. cit.*, pág. 552; ROBERGE, M.-C.: “Jurisdicción de...”, *op. cit.*

¹⁸² A este respecto, consúltese BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, en especial págs. 177-179.

¹⁸³ *Id. Goering and others*, International Military Tribunal, Nuremberg, en *AJIL*, vol. 41, núm. 1, 1947, pág. 216. Esta cuestión será retomada en el apartado 2. a) del capítulo IV.

¹⁸⁴ Es de destacarse la abierta crítica que se realizó en relación con la “elección” de estos casos en detrimento de otros en los que los presuntos culpables eran responsables de similares crímenes. Para más datos, véase BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 82-86.

preveían la Declaración de Moscú y los artículos 4 y 6 de la Carta de Londres, tribunales en las zonas controladas por los aliados para, según las disposiciones de la Ley n.º. 10 del Consejo de Control Aliado, juzgar a los responsables de baja graduación. En estos últimos tribunales, los Estados Unidos de América condenaron a mil ochocientos catorce sujetos en su zona de ocupación (de los que cuatrocientos cincuenta fueron ajusticiados)¹⁸⁶, Gran Bretaña a mil ochenta y cinco (doscientos cuarenta ajusticiados)¹⁸⁷, Francia a dos mil ciento siete (ciento nueve ajusticiados), y la U.R.S.S. a alrededor de diez mil (sin que se conozca el número de las personas ajusticiadas). También hubo actuaciones judiciales adicionales por parte de Australia (doscientas cincuenta y seis), Países Bajos (treinta), Polonia (veinticuatro), Noruega (nueve) Canadá (cuatro), China (uno).

En relación exclusivamente a ciudadanos japoneses se han contabilizado ochocientos cincuenta y cuatro condenas por parte de los Estados Unidos de América, quinientas cuatro por parte de China, ochocientos once en tribunales británicos, novecientos sesenta y nueve por parte de Países Bajos, ciento noventa y ocho por parte de Francia y seiscientos cuarenta y cuatro por parte de las autoridades australianas.

También se dieron actuaciones contra nacionales de los Estados Aliados acusados de colaboración con el enemigo para la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad¹⁸⁸.

La propia República Federal Alemana, a partir de 1947, iniciaría en sus tribunales la persecución de acusados de crímenes de derecho internacional, siendo más de sesenta mil¹⁸⁹ los casos vistos durante toda esta fase histórica¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Veintidós en el caso del TMI de Nuremberg, siendo doce sentenciados a muerte, siete a penas de cárcel (tres a cadena perpetua, dos a veinte años, uno a quince y otro a diez) y tres absueltos –aunque posteriormente condenados en las cortes alemanas-. De los otros dos restantes, uno, Robert Ley se suicidó, y el otro, Gustav Krupp von Bohlen und Halb, no fue juzgado por su causa de una enfermedad mental. El TMI de Tokio juzgó a veintiocho acusados, siendo todos encontrados culpables (seis sentencias de muerte y dieciocho condenadas de cárcel) –dos de los acusados murieron durante el proceso y un tercero no pudo ser juzgado-. Puede consultarse una lista resumida de estas causas en GIL GIL, A.: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Tomás y Valiente-UNED, Valencia, 1999, págs. 40-41, así como en la dirección electrónica http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/war_criminals.htm. Una visión más amplia y documentada de los procesos habidos ante el TMI de Nuremberg puede encontrarse en MARRUS, M. R.: *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46: A Documentary History*, Bedford/St. Martin's, Nueva York, 1997; SPRECHER, D. A.: *Inside the Nuremberg Trial, A Prosecutor's Comprehensive Account*, vols. I y II, University Press of America, Nueva York, 1999.

¹⁸⁶ Recuérdese, en este punto, que entre los procesos juzgados ante estos tribunales se encuentran los casos *Flick, I. G. Farbenindustrie y Krupp*, en los que varios industriales alemanes fueron condenados, básicamente, por la utilización y consiguiente explotación de prisioneros de guerra en sus fábricas.

¹⁸⁷ Destáquense los casos *del gas Zyklon B* y *Heyer*, en los que industriales y civiles fueron condenados por suministrar gases venenosos, en el primer caso, y por el linchamiento de prisioneros de guerra, en el segundo.

¹⁸⁸ A este respecto, BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 62-64. Sobre toda esta cuestión, CLARK, R. S.: "Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective", en MCCORMACK, T.L.H. y SIMPSON, G. J. (eds.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, Kluwer Law International, La Haya, 1997; COWLES, W. B.: "Trials of War Criminals (Non-Nuremberg)", en *AJIL*, vol. 42, núm. 2, 1948; MARXCHIK, A.: "The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes", en MCCORMACK, T.L.H. y SIMPSON, G. J. (eds.): *The Law of...*, *op. cit.*, págs. 74-77.

Con todas las salvedades hechas, no cabe duda de que los procesos que siguieron al final de la Segunda Guerra Mundial dejan sentado el principio de la responsabilidad internacional del individuo por violaciones de (determinadas) obligaciones internacionales, presentan una primera definición –o “conjunto de definiciones”– de la figura autónoma del crimen contra la humanidad, recuerdan que ciertos crímenes, con independencia de su lugar de comisión, atentan contra los valores y fundamentos mismos del derecho internacional y por ello deben ser sancionados, reiteran la irrelevancia del cargo con relación al castigo de los responsables de crímenes de derecho internacional, y consolidan, esta vez sí, la negación del argumento de la “obediencia debida” como eximente de los mismos¹⁹¹; estableciendo, en definitiva, lo que se considerarán como características esenciales de los crímenes de derecho internacional. En resumen:

*“The question of the responsibility of individuals for such breaches of international law as constitute crimes has been widely discussed and is settled in part by the judgment of IMT. It cannot longer be successfully maintained that international law is concerned only with the actions of sovereign states and provides no punishment for individuals”*¹⁹².

No obstante, aún se continua en un esquema en que son los Estados vencedores los únicos que sancionan las conductas de los nacionales “enemigos” o de sus colaboradores –de hecho, sólo un caso fue presentado contra los Aliados por el empleo de armas nucleares, el cual fue desestimado por el Tribunal Supremo de Japón¹⁹³–, y en el que, cabría decirse, las motivaciones políticas todavía se sobreponen a la técnica jurídica.

¹⁸⁹ Autores como Marxchik cifran en noventa y un mil el número de procesados hasta 1988. Cfr. MARXCHIK, A.: “The Politics of Prosecution...”, *op. cit.*

¹⁹⁰ La diferencia cuantitativa entre los casos despachados ante los tribunales nacionales y los tratados ante los TMIs, junto con las deficiencias técnicas ya reseñadas, llevan a algunos autores a matizar la importancia de estos últimos (cfr. FERRER LLORET, J.: “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo” en *Revista IIDH*, núm. 27, 1998, págs. 12-13). Aun compartiendo la posición general de este experto, en mi opinión tanto el establecimiento de los TMIs, como las consecuencias del mismo, son esenciales para entender todo el desarrollo de la responsabilidad internacional individual; siquiera, para soslayar la problemática derivada del derecho aplicable pro futuro.

¹⁹¹ En este punto suele ser la máxima comúnmente esgrimida la sentencia de Lauterpacht “*when orders are manifestly illegal, there can be no room for mistake of law*” (vid. DINSTEIN, Y.: *The Defense of “Obedience to Superior Orders” in International Law*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965, pág. 105). No obstante, sobre la problemática derivada de esta cuestión aún hoy resulta pertinente, además de los estudios que se irán citando, consultar trabajos como los de DINSTEIN, Y.: *The Defense of...*, *op. cit.*; DUFOUR, G.: “¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?”, en *RIICR*, N.º. 840, 2000; FIERRO, G. J.: *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, Depalma, Buenos Aires, 1984; y OSIEL, M. J.: *Obedying orders: Atrocity, Military Discipline & the Law of War*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1999.

¹⁹² Vid. *Caso Flick*, The United States Of America v. Friedrich Flick, Otto Steinbrinck, Odilo Burkart, Konrad Kaletsch, Bernhard Weiss, and Hermann Terberger, en *Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. VI, pág. 1191 (versión electrónica en <http://www.mazal.org/NMT-HOME.htm>).

¹⁹³ Sobre este particular, BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 63-64, así como las citas que recoge. Sobre la cuestión de los crímenes imputables a los Aliados que quedaron impunes, véase RAMA MONTALDO, M.: “Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho penal internacional y a una

De forma especialmente constatable son precisamente estas deficiencias técnicas de los procedimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial las que estimularán en los años siguientes un proceso de codificación que evitara los argumentos esgrimidos por las defensas en aquellas causas. De este modo, podría afirmarse, los arquitectos del moderno derecho internacional penal surgieron justamente del abismo de la segunda conflagración mundial.

Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), el 11 de diciembre de 1946, durante su primer período de sesiones, confirmaría por unanimidad los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”¹⁹⁴, a lo que siguió unos años después la formulación de la CDI de los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, a tenor de los cuales:

“PRINCIPIO I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

PRINCIPIO II. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

PRINCIPIO III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

PRINCIPIO IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

PRINCIPIO V. Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

PRINCIPIO VI. Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: a. Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i). b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c. Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

jurisdicción penal internacional”, en VV.AA: *El derecho internacional un mundo en transformación, Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pág. 880.

¹⁹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946: “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”. Con anterioridad es de destacarse la Resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946, a la que seguiría la 170 (11) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra.

PRINCIPIO VII. *La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional*¹⁹⁵.

Desde mi punto de vista, el mayor avance de esta formulación no reside estrictamente en su contenido, sino en la generalidad de su redacción. Salvando las menciones, mucho menos específicas, del I Convenio de Ginebra de 1929, éste es en realidad el primer texto internacional en el que se encuentra una formulación general del ya principio de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de derecho internacional. La responsabilidad del individuo no aparece ya ligada a Estados enemigos, a vencedores o a vencidos, o a personas que actúan en interés de un Estado, sino como un “Principio de Derecho Internacional” aplicable a “toda persona”. Y esta misma formulación sería la que servirá de base para el primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, cuyo primer artículo afirmaba que:

*“Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished”*¹⁹⁶.

Junto a ello, debe apuntarse que en lo relativo a la controvertida definición de los crímenes contra la humanidad, en el artículo 11 de este Proyecto los mismos aparecen configurados sin la exigencia de conexión ya con un conflicto armado, ya con otros crímenes de derecho internacional.

Pero antes de llegar a este año son varios los instrumentos internacionales que, de forma similar, contienen previsiones acerca de la responsabilidad internacional del individuo. Suele obviarse de este repaso los Tratados de Paz de París firmados con Italia, Finlandia, Bulgaria, Hungría, y Rumania de 10 de febrero de 1947¹⁹⁷, entre los que cabe destacar el italiano, ya que la obligación de perseguir a los acusados de “*war crimes and crimes against peace or humanity*”, presentaba una especial característica temporal, como era que su extensión cubría no sólo los actos cometidos en la Segunda Guerra Mundial, sino también los de la guerra contra Etiopía de 1935-1936¹⁹⁸; mas, la enorme importancia general de otros dos textos internacionales de este período casi se diría que eclipsa a cualquier otro, incluido el Proyecto de Proposición para el Establecimiento de una Corte Internacional de Justicia Penal enviado por la delegación francesa a las

¹⁹⁵ Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950.

¹⁹⁶ Vid. Artículo 1 del “*Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*”, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1954. Como es ampliamente conocido, este primer Proyecto nunca fue aprobado por la AG ante, esencialmente, la falta de una definición estricta del crimen de agresión, que no llegaría hasta 1974 con la Resolución 3314 (XXIX).

¹⁹⁷ Puede encontrarse su texto en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/20th.htm>.

¹⁹⁸ Véanse los artículos 38 y especialmente el 45. En todo caso, a pesar de estas disposiciones, las peticiones de extradición o entrega de las autoridades de Etiopía nunca fueron atendidas ni por los Aliados que ocupaban Italia, ni por las autoridades italianas del gobierno provisional posterior. Igual suerte corrieron las peticiones realizadas por Yugoslavia y Grecia.

Naciones Unidas el 13 de mayo de 1947, a iniciativa del juez francés del Tribunal de Nuremberg, Henri Donnedieu de Vabres.

A pesar de los trabajos iniciales de Lemkin sobre lo que él denominó crímenes de vandalismo y barbarie, no sería hasta entrado 1944 cuando este autor formulara, realmente y por vez primera en la historia, un concepto que acabaría por tornarse esencial en este ámbito. El término “genocidio” y su formulación jurídica, aparecidos en su famoso *Axis Rule in Occupied Europe*, pasarían casi de forma inopinada por los procesos habidos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial¹⁹⁹, no siendo hasta finales de 1946 que tras un breve período de discusión en el Comité jurídico de las Naciones Unidas, tomaría forma en la Resolución 96 (I) de la AG²⁰⁰; culminando este raudo desarrollo poco después, el 9 de diciembre de 1948, cuando vería la luz la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²⁰¹, en la que son mención obligada, aunque por motivos distintos, sus artículos 1, 2, 4, 5, 6 y 7:

“Artículo I: Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II: En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III: Serán castigados los actos siguientes: (a) El genocidio; (b) La asociación para cometer genocidio; (c) La instigación directa u pública a cometer genocidio; (d) La tentativa de genocidio; (e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV: Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Artículo V: Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Artículo VI: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

¹⁹⁹ Es posible encontrar la utilización del término “genocidio” en alguna de las actas de acusación de algunos responsables nazis, pero no así en las sentencias del TMI de Nuremberg; si bien, en algunas de sus argumentaciones expuso, con prolijidad, los elementos que posteriormente configurarían al propio crimen de genocidio. Para más datos, consúltense GIL GIL, A.: *El genocidio ...*, op. cit., págs. 131-132; SCHABAS, W. A.: *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 37-42.

²⁰⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “The Crime of Genocide”, Resolución 96 (I) del 1 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se califica al genocidio de crimen condenado por el mundo civilizado por el que deben ser castigados sus responsables, ya sean particulares o sujetos-órganos de un Estado.

²⁰¹ A enero de 2006, son Partes en este Convenio ciento treinta y ocho Estados.

Artículo VII: A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos. Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.”

El que es considerado como uno de los crímenes de derecho internacional por antonomasia aparece aquí ya recogido como un crimen autónomo –no ya incluido, aun parcialmente, en los incipientes “crímenes contra la humanidad”– en el que se concentran muchos de los elementos característicos que se han ido recogiendo, con la salvedad de la irrelevancia del seguimiento de órdenes superiores (que pese a ser presentada a la Comisión Especial encargada de la redacción del Convenio, nunca pasó de propuesta ante la polémica que se despertó), y los mecanismos jurisdiccionales previstos para su sanción²⁰². De este modo, se identifican: el surgimiento de responsabilidad internacional de los particulares responsables²⁰³; la obligación de establecer una sanción en la legislación interna; así como de juzgar o extraditar a los responsables de un crimen de genocidio, pero con una mención expresa que matiza las dos obligaciones anteriores, a saber: que deberá ser el tribunal del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen el que deberá, él y sólo él, juzgarlo –o, en su caso, una Corte Penal Internacional que habrá que esperar cincuenta años para que se haga realidad–; y la irrelevancia del cargo ocupado por el acusado –aunque con una redacción menos expresa que en los casos citados anteriormente–. En todo caso, estos aspectos serán abordados en el Capítulo IV, con lo que baste ahora considerar la estrecha relación de este crimen con los intereses y/o valores de la humanidad, como se extrae del Preámbulo de la Convención.

Apenas un día después de la adopción de este Convenio, la AG adoptó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)²⁰⁴, que a pesar de no hacer mención directa a la responsabilidad internacional del individuo²⁰⁵, extenderá su influencia sobre todo el derecho internacional, alcanzando sin duda al sector del mismo aquí abordado²⁰⁶. Pero, de cualquier modo, será en 1949 cuando pueda

²⁰² Véase apartado 2.b) y en especial el 2.b. 4) del capítulo IV.

²⁰³ Téngase en cuenta que sobre esta cuestión las opiniones en la época eran aún muy divergentes. Resultan interesantes, en ese sentido, las palabras de Kunz para quien “*the Convention does not make individuals subjects of international law, nor of international duties or international rights*”. A mi entender, los argumentos que presenta para apoyar esta afirmación cuando no son confusos son de muy poco peso, pero no deja de ser relevante que, incluso con todo el desarrollo anterior de este principio y en un momento tan próximo a los procesos seguidos tras la Segunda Guerra Mundial, no sea difícil encontrar lecturas del articulado de esta Convención que se permitan concluir señalando que “*States alone are, under the general conditions of state responsibility, internationally responsible, but under international law, not under criminal law; only this international state responsibility includes –and here lies the innovation– genocide committed by a state against its own citizens.*” Vid. KUNZ, J. L.: “The United Nations Convention on Genocide”, en *AJIL*, vol. 43, núm. 4, 1949, págs. 744 y 746.

²⁰⁴ La Declaración fue adoptada por la Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948.

²⁰⁵ La única mención, aunque indirecta, es la del artículo 11.2, en tanto que admite la condena de individuos según el derecho internacional al reconocer el principio de irretroactividad de la ley penal. De otro lado, el artículo 29 hace una mención genérica, apenas repetida posteriormente, a los deberes del individuo respecto “a la comunidad”. Sin embargo, es de destacarse la ausencia de mención a esta cuestión en un documento como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

²⁰⁶ De nuevo, la cita obligada sobre este tema es el excelente trabajo del profesor CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de..., op. cit.*, en especial véanse las págs. 158-165.

encontrarse el segundo texto internacional que marcaría un hito en la historia de la responsabilidad internacional del individuo. En realidad, como es sabido, no se trata de un único texto, sino de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949²⁰⁷, que aún hoy constituyen el núcleo del actual del DIH. A los efectos de este trabajo, resulta indispensable destacar el texto común de los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio, según el cual:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.”

A tenor de estos artículos, las infracciones graves de las previsiones de estos cuatro convenios internacionales, esto es, los crímenes de guerra, hacen incurrir al individuo en responsabilidad penal no limitada, en principio²⁰⁸, territorialmente. Sin embargo, estos desarrollos se refieren exclusivamente a los conflictos armados internacionales, pues en esta época aún se consideraba que extender el sistema a los conflictos internos resultaría un atentado contra la soberanía de los Estados.

A pesar de que es posible encontrar algunos textos de *soft law* relevantes durante estos años²⁰⁹, en mi opinión no será hasta 1968 cuando es posible encontrar un

²⁰⁷ I. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 23 de agosto de 1952; II. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 26 de agosto de 1952; III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 5 de septiembre de 1952; y IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 2 de septiembre de 1952. La aceptación de estos cuatro Convenios es extremadamente alta, siendo, a enero de 2006, ciento noventa y dos los Estados Partes en los mismos.

²⁰⁸ Véase apartado siguiente.

²⁰⁹ Así, *inter alia*, las Resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que condenan expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra; o las Resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad.

documento cuya mención es ineludible²¹⁰, ya que en el mismo se codifica²¹¹ una característica importante, también a los efectos de este trabajo, de determinados crímenes de derecho internacional: su imprescriptibilidad. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²¹², además de reiterar el principio de responsabilidad internacional del individuo -en diversas formas de participación- en su artículo 2, así como la esencia de estos crímenes en su Preámbulo, dispone en su primer artículo que:

²¹⁰ Pese a su referencia indirecta, debe mencionarse también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15 reconoce la existencia de actos u omisiones delictivas según los principios generales de derecho reconocidos por la Comunidad Internacional.

²¹¹ El propio Preámbulo de esta Convención subraya su carácter codificar: “Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo.” Véase, no obstante, lo indicado en la siguiente nota.

²¹² Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A.: *Legislación básica de Derecho internacional público*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2004. A enero de 2006, tan sólo cuarenta y nueve Estados son Partes en esta Convención. Ya en el momento de su redacción autores como Miller consideraban que: “While the merits and achievements of the convention are many, its universal application is, as best, (...) a very remote possibility” (vid. MILLER, R.H.: “The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity”, en *AJIL*, vol. 65, núm. 3, 1971, pág. 499.) Aunque Miller sustentaba su opinión en el carácter en aquel momento absolutamente indirecto de aplicación del derecho internacional penal, otros autores han sostenido que el reducido número de Estados Partes en esta Convención no debe ser considerado como un elemento para valorar la aceptación de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional, ya que la misma se ha debido, en realidad, a la deficiente redacción del artículo 1. a); y más en concreto, a la no distinción estatutaria entre las infracciones graves y las menos graves en materia de crímenes de guerra. Buena prueba de ello es la aceptación, sin gran problemática, de este carácter imprescriptible de los crímenes de derecho internacional en el Estatuto de la CPI, así como el hecho de que muchos Estados no Partes en la Convención han incluido en sus ordenamientos internos la misma imprescriptibilidad; así por ejemplo, España, Bélgica, Holanda, Suiza, Austria, Rumania, Rusia, Turquía, Argentina o los Estados Unidos de América. (Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Un estudio sobre la Parte General del derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de derecho penal”, en YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia...*, op. cit., pág. 123). Sin embargo, del otro lado, frente a este posicionamiento debe tenerse en cuenta que en la última versión del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el carácter imprescriptible de los mismos fue eliminado de su articulado, pues, como señaló el Relator Thiam, “la norma de la imprescriptibilidad no es aceptada unánimemente por los Estados”; si bien, el problema de fondo giraba en torno a los crímenes que deberían caer bajo este especial carácter, y no así sobre si, específicamente, crímenes como los de guerra o de lesa humanidad debían considerarse como imprescriptibles. (Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Duodécimo Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/460, 15 de abril de 1994, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, primera parte, págs. 113-114). En todo caso, para algunos autores, y aun en relación con los crímenes que se han seleccionado en este estudio, ésta es una cuestión que entienden todavía no resuelta. (Cfr. PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de...”, op. cit., en especial pág. 175; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 167-170). Es oportuno señalar también que respecto al crimen de tortura y de desaparición forzosa la situación es aun más problemática, en tanto que tan sólo disposiciones como la del artículo 7 de la CIDFP abordan esta cuestión señalando que: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.”

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.”

Resulta importante subrayar que el debate acerca de la necesidad de conexión de los crímenes contra la humanidad, ya con la guerra, ya con otros crímenes de derecho internacional, encuentra en este instrumento un nuevo hito especialmente significativo con el reconocimiento del carácter independiente de los mismos; si bien, en lo que respecta al principio de la imprescriptibilidad conviene destacar que el mismo será reiterado en una importante Resolución de la AG, sobre todo en cuanto a la dimensión jurisdiccional de la responsabilidad internacional del individuo, la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973²¹³, en cuyo primer punto se especifica que el contenido de la misma se refiere a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

1971 podía haber sido un año significativo en el proceso que está siendo examinado, ya que tras la guerra de independencia de Bangla Desh cerca de noventa y dos mil militares y civiles pakistaníes fueron detenidos por la India acusados de la comisión de crímenes de derecho internacional. Pese al acuerdo entre la India y Bangla Desh, y la reducción final a un número de diez mil acusados de principalmente genocidio, finalmente un acuerdo político dejó esta iniciativa en nada²¹⁴.

Poco tiempo después, los Protocolos de Ginebra de 1977²¹⁵ no suponen, estrictamente, ninguna novedad relevante en la formulación del principio de la responsabilidad internacional del individuo, salvando la mención más específica del Protocolo I al principio de responsabilidad del superior en los artículos 86 y 87, junto a,

²¹³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.

²¹⁴ De todo este proceso es no obstante recuperable el Act. No. XIX de 1973, emitida por el gobierno de Bangla Desh, en la que se reproducía, con algunas pequeñas diferencias, lo previsto en el artículo 6 c) del Estatuto del TMI de Nuremberg. Más datos en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 228-230.

²¹⁵ El ya citado Protocolo I adicional, y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en BOE de 26 de julio de 1989. A enero de 2006, ciento cincuenta y siete Estados son Partes del II Protocolo.

en la dimensión jurisdiccional, lo establecido en su artículo 88²¹⁶ -que ha de ser leído en conexión a lo previsto en el artículo 85-. En lo tocante al Protocolo II, la actitud de los Estados aún se mantenía sustancialmente similar a la ya referida en 1949; posición a la que se sumaron los países de reciente independencia, extremadamente apegados a la defensa de su nueva soberanía adquirida. En consecuencia, el régimen previsto para las infracciones graves siguió sin extenderse a los conflictos armados no internacionales.

Resulta, sin embargo, esencial prestar atención a un texto, o mejor dicho, dos textos que aunque durante años, serían adoptados casi al final de esta fase histórica. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹⁷ (CCT) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CICT)²¹⁸: Ambas recogerán de forma autónoma el crimen de tortura caracterizándolo como un crimen de derecho internacional. A pesar de que como se ha visto, se terminó por eliminar la mención nominal a este concepto en la redacción final de la CCT, la lectura de los artículos 2, 4, 5, 6 y 7 -así como la práctica posterior- no deja duda sobre esta conclusión²¹⁹. Junto a ello, convendrá advertir que el Comité contra la Tortura, al analizar casos de tortura cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención -y considerando lo establecido en los principios de los juicios del Tribunal Internacional de Nuremberg, así como el derecho a no ser torturado contenido en la DUDH-, declaró que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de esa Convención, ya que *“existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces (...) para castigar su práctica”*²²⁰.

Mencionar finalmente que a todo este desarrollo normativo, gracias al cual queda ya fijada, sin lugar a duda alguna, la responsabilidad internacional del individuo y mejor delimitados los supuestos en que ésta queda comprometida, le acompaña cierto progreso en la vía jurisdiccional, que será examinado en el Capítulo IV.

²¹⁶ La importancia de este artículo reside en contener una suerte de exigencia reforzada en el ámbito de la cooperación judicial en la represión de los violaciones graves de las previsiones de este Protocolo.

²¹⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, en BOE de 9 de noviembre de 1987. A enero de 2006 ciento cuarenta y un Estados son Partes en esta Convención.

²¹⁸ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985, en SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Documentos Básicos...*, op. cit. A enero de 2006, dieciséis de los Estados de la Organización de los Estados Americanos son Partes en la Convención.

²¹⁹ Véanse las disposiciones análogas de la CICT.

²²⁰ *Vid.* COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)”, de 23 de noviembre de 1989, Suplemento NE 44 (A/45/44), 1990, párr. 7.2.

1. d) Tercera fase: De los años noventa a la actualidad.

La caída del muro Berlín, o dicho de otro modo, el fin de la Guerra Fría, supuso la inauguración de un período de tiempo en que la estructura bipolar de la Comunidad Internacional pasaría a conformarse en un escenario unipolar que, lenta pero simultáneamente, parece dirigirse hacia la multipolaridad²²¹. Estas modificaciones han supuesto y suponen una importante alteración de todo el orden internacional²²² que irremediamente ha alcanzado también a la materia aquí analizada; hasta el punto, siguiendo a Cassese que *“the Cold War era witnessed many such excesses, but it is only now with the new ‘harmony’ among the Big Five, together with intense media coverage of such events, that unprecedented opportunities have been created for the prosecution and punishment of those responsible for serious violations of international humanitarian law”*²²³.

Así, el propio Consejo de Seguridad de las Naciones (CS), tras años de continuo bloqueo²²⁴, emitiría, en 1993 y 1994, dos Resoluciones de trascendencia para este estudio²²⁵. Sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas –y en concreto a su artículo 41 en relación con el 29²²⁶– en 1993 el CS establecería el ya

²²¹ Véase a este respecto, DEL ARENAL, C.: “El nuevo escenario mundial y la teoría de las Relaciones Internacionales”, en VV.AA.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, en especial págs. 89-92.

²²² Existen cientos de trabajos sobre esta cuestión que podrían ser referidos en este punto, pero entre todos ellos me permito recomendar el excelente conjunto de ensayos de REMIRO BROTONS, A.: *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

²²³ Vid. CASSESE, A.: “On the Current Trends toward Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law”, en *EJIL*, vol. 9, n.º. 1, 1998, pág. 5. También durante toda esta etapa se dieron muy importantes desarrollos en la dimensión jurisdiccional a través de diversas actuaciones nacionales. Pese a que en este apartado se harán algunas referencias a las mismas, este asunto se abordará con mayor detenimiento en el capítulo IV.

²²⁴ Desde la perspectiva aquí estudiada son de reseñar las desoídas peticiones de creación de mecanismos jurisdiccionales internacionales para la sanción de los crímenes cometidos en los conflictos acaecidos, por ejemplo, en Vietnam o Irak; aunque, en realidad, el listado de conflictos es de hecho tan amplio que ha llevado a un importante sector de la doctrina a criticar la propia decisión del CS. Véanse, entre otras, las acertadas reflexiones de PELLET, A.: “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *RGDIP*, vol. 98, n.º. 1, 1994, págs. 27-28; REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., Díez-Hochleiter, J., Orihuela Calatayud, E., y Pérez-Prat Durban, L.: *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 1004.

²²⁵ Además de estas Resoluciones, ha de subrayarse que en este período pueden identificarse muchas otras en las que el principio de la responsabilidad internacional del individuo se ve reflejado y, consecuentemente, reforzado. Véanse, por ejemplo, las Resoluciones 670 de 25 de septiembre de 1990, 764 de 13 de julio de 1992, 794 de 3 de diciembre de 1993, 819 de 16 de abril de 1993, 859 de 24 de abril de 1993, 918 de 17 de mayo de 1994, y 925 de 8 de junio de 1994. Para más datos, MÁRQUEZ CARRASCO, M. C.: “La nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz: La práctica reciente del Consejo de seguridad”, en VV.AA.: *La Asistencia Humanitaria en Derecho Internacional Contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *El proceso de...*, op. cit., págs. 102-106.

²²⁶ Además de lo apuntado *supra*, nótese la existencia de un notable número de autores que ha criticado abiertamente la propia capacidad del CS para la creación de Tribunales penales *ad hoc*. Véase, ARANGIO RUIZ, G.: “The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F. y SCISO, E. (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles, 1996; con un crítica

mencionado TPIYUG²²⁷, con jurisdicción sobre las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991, en el entendimiento de que la comisión de crímenes de derecho internacional en la exYugoslavia constituyó una amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad²²⁸.

Casi cincuenta años después de los TMIs de Nuremberg y Tokio se crearía el primer Tribunal Penal (y sin ninguna duda) Internacional de carácter no militar, y ya alejado del esquema de vencedores y vencidos. No en vano, la primera sentencia del

más matizada, PIGRAU SOLÉ, A.: "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional", en *AHLADI*, vol. 11, 1994, en especial págs. 214-221. El propio TPIYUG -aunque pueda resultar sorprendente que un órgano revise la legalidad de las medidas por las que él mismo ha sido creado- se ha manifestado sobre esta cuestión señalando que: "... for the aforementioned reasons, the Appeals Chamber considers that the International Tribunal has been lawfully established as a measure under Chapter VII of the Charter." *Vid. Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párr. 40 (véase el razonamiento completo de la Sala de Apelaciones en los párrs. 28-39). Puede consultarse la opinión del Tribunal Internacional para Ruanda en *caso Prosecutor v. Kanyabashi*, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, n.º. ICTR-96-15-1, en <http://www.icttr.org/default.htm>. Sobre toda esta cuestión, véase el destacable trabajo de FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)", en *REDI*, vol. XLVII, n.º. 2, 1996, en especial págs. 13-32. Desde una perspectiva más amplia, TAVERNIER, P.: "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", en *RICR*, N.º. 144, 1997.

²²⁷ Sobre el TPIYUG puede encontrarse una primera aproximación en DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *Naturaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; FERRER LLORET, J.: "La aplicación...", *op. cit.*, págs. 40-49. Para otros estudios de interés que analizan este Tribunal con mayor detenimiento, BASSIOUNI, M. C. y MANIKAS, P.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996; CLARK, R. S. y SANN, M. (eds.): *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1996; CONDORELLI, L.: "Le Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence", en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998; MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *An Insider's Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995; O'BRIEN, J. C.: "The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993; PIGRAU SOLÉ, A.: "Reflexiones sobre...", *op. cit.*; PELLET, A.: "Le Tribunal...", *op. cit.*; SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: "The International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia", en *EJIL*, vol. 5, n.º. 3, 1994. Para estudios de la jurisprudencia del Tribunal, DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; JONES, J. R. W. D.: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; METTRAUX, G.: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, 2005; MURPHY, S. D.: "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999; QUÉGUINER, J.-F.: "Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire", en *RICR*, N.º. 850, 2003; WAGNER, N.: "The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", en *RICR*, N.º. 850, 2003; Desde una perspectiva comparada, MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; TAVERNIER, P.: "La experiencia...", *op. cit.* Para una lista actualizada de los procesos realizados y los procesos en curso, <http://www.un.org/icty>.

²²⁸ Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: "Resolución 827 (1993)", Documento de las Naciones Unidas: S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993, en especial su Preámbulo.

TPIYUG en el ya glosado asunto *Tadić* fue considerada por la jueza Kirk-McDonald como la primera vinculada con graves violaciones a los derechos humanos de un Tribunal internacional²²⁹.

De entre diversos aspectos reseñables sobre este Tribunal conviene comenzar destacando la que, en mi opinión, es una de las mayores aportaciones del mismo, en tanto que en su Estatuto se desarrolla un notable intento de compilación de todo el derecho internacional vigente en esta materia, con el claro propósito de respetar escrupulosamente el principio de legalidad tan puesto en duda en relación con los TMIs de la Segunda Guerra Mundial²³⁰. En conexión con esta idea, debe tenerse presente que el hecho de que, en ningún caso, el CS pueda entenderse como una suerte de legislador internacional obligaba, de igual modo, a restringir la competencia material del Tribunal a aquellos crímenes claramente determinados y asentados en el ordenamiento jurídico internacional.

Pero el celo señalado llegó a que junto a esta restricción inicial se tuviera en cuenta una limitación adicional individualizada de gran relevancia para lo aquí analizado, como fue que de entre todos estos crímenes se optó por incluir sólo aquéllos respecto de los cuales se derivaba, de forma indubitada, la responsabilidad internacional de los individuos que los perpetraron; siendo, por tanto, las previsiones del Estatuto un nuevo punto de referencia en el devenir analizado en este apartado.

No obstante, hay que subrayar para evitar equívocos que la finalidad del Estatuto no es estrictamente codificadora, sino que se trata, a la postre, de un instrumento jurídico creado para regular el funcionamiento de un Tribunal Internacional en concreto, que desplegará su competencia sobre unos crímenes determinados cometidos en un conflicto armado específico. Buena prueba de ello es, a mi entender, la conexión de los crímenes contra la humanidad con un conflicto armado -nexo de unión cuya pertenencia al derecho consuetudinario resulta notoriamente debilitado desde finales de los procesos de Nuremberg²³¹-, que debe ser atribuida a un posicionamiento justificado, en última instancia, en el propio espectro temporal y fáctico sobre el que el Tribunal sería (y es) competente.

²²⁹ Completando lo avanzado al comienzo del capítulo introductorio, conviene referirse sobre esta cuestión al “First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991”, A/49/342 - S/1994/1007, 29 de agosto de 1994, en especial punto 10.

²³⁰ A este respecto, es pertinente atender a SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Secretario General sobre el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/25704 de 3 de mayo de 1993, párrs. 34 y 35.

²³¹ Además de las disposiciones recogidas en el anterior apartado, ha de tenerse en cuenta la práctica estatal posterior al decenio de 1950, cuyo repaso habilita a poner más que en duda la necesidad de este nexo de unión. Véanse algunas críticas a esta inclusión en MERON, T. “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, en *AJIL*, vol. 88, núm. 1, 1994, págs. 86-87; PIGRAU SOLÉ, A.: “Reflexiones sobre...”, *op. cit.*, en especial págs. 232 y 234. Con una valoración más positiva, O'BRIEN, J. C.: “The international...”, *op. cit.*, págs. 649-650.

Esta particularidad ha sido apuntada por la propia práctica del TPIYUG, de tal suerte que ya en el *asunto Tadic* el Tribunal se manifestó sobre esta relación señalando que:

*“140. As the Prosecutor observed before the Trial Chamber, the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity. Most notably, the nexus requirement was eliminated from the definition of crimes against humanity contained in Article II(1)(c) of Control Council Law No. 10 of 20 December 1945 (...). The obsolescence of the nexus requirement is evidenced by international conventions regarding genocide and apartheid, both of which prohibit particular types of crimes against humanity regardless of any connection to armed conflict (...). 141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law...”*²³².

Teniendo presente estas matizaciones, las previsiones del Estatuto del TPIYUG pueden entenderse entonces como una condensación de todo el desarrollo que se ha ido refiriendo en las páginas anteriores. Así, dejando al margen la ya reproducida disposición relativa al genocidio -artículo 4- , en el Estatuto se recoge:

“Artículo 2. Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949. El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención: a) El homicidio intencionado; b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas; f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial; g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; h) La toma de civiles como rehenes.

Artículo 3. Violaciones de las leyes o prácticas de guerra. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes: a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; e) El pillaje de bienes públicos o privados.

(...)

²³² Vid. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 140 y 141. Véase también el párr. 652.

Artículo 5. Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Artículo 6. Competencia ratione personae. El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto.

Artículo 7. Responsabilidad penal individual. 1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen. 2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena. 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores. 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia.”

Junto a los procesos realizados ante el TPIYUG también en este caso se ha seguido el patrón dual ya mencionado anteriormente, activándose diversas causas en los tribunales internos de las distintas Repúblicas de la antigua Yugoslavia para hacer real la exigencia de responsabilidad internacional del particular por la comisión de crímenes de derecho internacional²³³. Sin embargo, la actuación de estos órganos internos ha sido tan limitada como decepcionante²³⁴.

²³³ Esta actuación se ha visto acompañada por algunos procedimientos judiciales iniciados en terceros Estados, como Alemania o Austria. A este respecto, SCHABAS, W. A.: “National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the “Crime of Crimes””, en *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003, págs. 56-59.

²³⁴ Para más datos, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Serbia y Montenegro: Se dicta sentencia en Belgrado sobre los crímenes de guerra de Sjeverin. Amnistía Internacional pide que se ponga en manos de la justicia a los responsables de la política de secuestros y asesinatos”, índice AI: EUR 70/023/2003/s, 1 de octubre de 2003. Véanse los distintos informes de esta organización sobre este particular en <http://web.amnesty.org/library/esl-yug/index>. Respecto a la persecución en Estados como Bosnia y Herzegovina, la situación, aunque quizás en menor medida, es igualmente censurable. Las misma Amnistía Internacional ha señalado sobre esta cuestión que: “Miles de criminales siguen gozando de impunidad por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y de genocidio cometidos durante la guerra en Bosnia y Herzegovina” (vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Bosnia y Herzegovina: No se puede alcanzar la justicia a bajo precio”, índice AI: EUR 63/021/2003/s, 12 de noviembre de 2003. Para una visión más completa, véanse los distintos informes en <http://web.amnesty.org/library/esl-bih/index>. La situación respecto en Croacia no es más alentadora: “Casi 10 años después de fin del conflicto armado que se desarrolló en Croacia entre 1991 y 1995, las autoridades croatas no han abordado en su totalidad las violaciones de derechos humanos que se cometieron entonces ni han puesto a sus autores a disposición judicial. (...) Amnistía Internacional ha manifestado que los miembros del Ejército Croata y la policía que cometieron delitos contra serbios de Croacia durante la guerra siguen disfrutando en general de impunidad.” Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Croacia: Se debe poner fin a la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos”, índice AI: EUR 64/006/2004, 13 de diciembre de 2004. Para más datos, consúltense los diversos informes de la Amnistía en <http://web.amnesty.org/library/esl-hrv/index>.

El establecimiento un año después del TPIRW²³⁵ por el CS –y por idénticas razones a las citadas en relación con el TPIYUG²³⁶– con competencia para, como reza el artículo 1 de su Estatuto, enjuiciar “a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”, volverá a ofrecer una oportunidad para observar el desarrollo del proceso analizado.

En este sentido, cabe indicar que más que desarrollo sería más adecuado hablar de reafirmación, en tanto que las disposiciones del Estatuto del TPIRW son en su gran mayoría análogas a las previstas en el Estatuto del TPIYUG. Sin embargo, son identificables algunas diferencias de importancia, esencialmente respecto a la competencia material de este Tribunal; y es que como señaló Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, en este caso se optó por una posición más receptiva al desarrollo progresivo del derecho internacional²³⁷.

²³⁵ Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994, establecido por la Resolución 995 (1994), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994. Pueden consultarse documentos de interés del Tribunal en <http://www.ictt.org/default.htm>. Para una primera aproximación, AKHAVAN, P.: “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996; FERRER LLORET, J.: “La aplicación...”, *op. cit.*, págs. 49-53; MAINA PETER, C.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, N.º. 144, 1997. Para un estudio más detallado, MEGRET, F.: *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris, 2002; MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; PIGNATELLI Y MECA, F.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995; SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Court For Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n.º. 4, 1996. Resultan también interesantes los más recientes, MOSE, E.: “Main Achievements of the ICTR”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; NSANZUWERA, F-X.: “The ICTR Contribution to National Reconciliation”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; REYDAMS, L.: “The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005. Sobre la jurisprudencia del TPIRW, AKHAVAN, P.: “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; DAWN ASKIN, K.: “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; DELLA MORTE, G.: “De-Mediatizing the Media Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V.: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Desde un enfoque comparado, JONES, J. R. W. D.: *The practice...*, *op. cit.*; METTRAUX, G.: *International Crimes...*, *op. cit.*; MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales...*, *op. cit.*; TAVERNIER, P.: “La experiencia...”, *op. cit.*

²³⁶ Cfr. Resolución 995 (1994) de 8 de noviembre de 1994, Preámbulo. Llama la atención que a pesar de la solicitud del gobierno de Ruanda, finalmente el propio Estado rwandés votó en contra de esta Resolución en el CS por entender que los medios puestos a disposición del Tribunal eran demasiado escasos, la competencia del Tribunal era excesivamente amplia, por no compartir la posibilidad de que los condenados por el Tribunal pudieran quedar bajo la custodia de terceros Estados, ni convenir con la prohibición de la aplicación de la pena de muerte, prevista en su legislación interna. Para más datos, DUBOIS, O.: “Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional”, en *RICR*, N.º. 144, 1997.

²³⁷ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)”, Documento de las Naciones Unidas: S/1995/134, 13 de febrero de 1995, párr. 12.

A este respecto, ha de destacarse la inclusión expresa del reconocimiento de la responsabilidad individual por violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra 1949 y el Protocolo Adicional II²³⁸, en coincidencia con la posible consolidación de una norma consuetudinaria en este sentido²³⁹, así como la incorporación de los crímenes sexuales como tipos penales específicamente perseguibles en su artículo 4. e)²⁴⁰. En lo relativo a la estricta definición de los crímenes contra la humanidad, como factor criticable debe mencionarse la exigencia de un elemento discriminatorio como requisito constitutivo de los mismos²⁴¹, y como cuestión especialmente positiva la exclusión definitiva de la conexión con la guerra o con otros crímenes de derecho internacional en su configuración -lo que, finalmente, supone otorgar a los crímenes contra la humanidad de una autonomía e independencia completas-²⁴².

En la persecución de los crímenes de derecho internacional cometidos en Ruanda vuelve a hacerse presente el patrón dual de aplicación de esta normativa, de tal suerte que la actuación del TPIRW se ha visto acompañada por una decidida actividad de las autoridades ruandeses explicitada en la intención de juzgar a todos los responsables (“de bajo rango”) que no serían enjuiciados por el TPIRW²⁴³.

²³⁸ Este hecho es calificado por un experto como Pignatelli Meca como “la primordial innovación que, desde un punto de vista sustantivo, introduce el Estatuto”. Vid. PIGNATELLI MECA, F.: “El derecho penal internacional. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coordinador): *Derecho internacional...*, op. cit., pág. 520.

²³⁹ Sobre esta compleja cuestión, véanse las decisiones del TPIYUG en el caso *Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 71-137; caso *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, sentencia de 20 de febrero de 2001, n.º. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm>, párrs. 123-181. En la doctrina, MERON, T.: “International Criminalization of Internal Atrocities”, en *AJIL*, vol. 89, núm. 3, 1995. Desde una perspectiva más amplia, METTRAUX, G.: *International Crimes...*, op. cit., en especial págs. 130-144; GRADITZKY, T.: “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, en *RICR*, N.º. 145, 1998.

²⁴⁰ Sobre esta cuestión -con la cautela de toda autoreferencia- puede consultarse mi trabajo CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas”, en VV.AA.: *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno*, PCS, Lima, (en prensa).

²⁴¹ Como se anunciara, también el TPIYUG recoge esta relación, pero advirtiendo de la ausencia de antecedentes normativos determinantes. Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 651-652. Véanse algunas críticas a esta inclusión en AMNISTÍA INTERNACIONAL: “The International Criminal...”, doc. cit., apartado IV; GIL GIL, A.: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes””, en AMBOS, K. (coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 79.

²⁴² Sobre la duda que la misma aún suscitaba poco después de la aprobación del Estatuto, véase SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Court...”, op. cit., en especial págs. 511-512.

²⁴³ Conviene advertir sobre la actuación de terceros Estados -Bélgica, Estados Unidos de América, Canadá, Camerun, Suiza- que han activado procedimientos judiciales para sancionar a algunos responsables de los crímenes cometidos en Ruanda. De entre ellos, ha de destacarse el caso *Niyonteze*, que supuso la primera condena por crímenes de derecho internacional decidida por un tribunal no ruandés. Sobre el mismo, REYDAMS, L.: “Niyonteze v. Public Prosecutor: Tribunal militaire de cassation (Switzerland), April 27, 2001”, en *AJIL*, vol. 96, núm. 1, 2002; SCHABAS, W. A.: “National Courts...”, op. cit., págs. 47-53.

En este orden de ideas, hay que valorar la aprobación de la Ley Orgánica para la Organización de la Persecución de los Delitos Constitutivos de Crimen de Genocidio y Crímenes contra la Humanidad Cometidos desde el 1 de octubre de 1990²⁴⁴, y advertir de igual modo que tan decida ha sido la acción gubernamental que, aunque algunos autores estiman que alrededor de medio millón de sospechosos permanecen todavía en libertad²⁴⁵, bien podría llegar a decirse que ha producido efectos hasta contraproducentes en un país que tan sólo contaba con apenas cincuenta abogados y menos de un tercio de los magistrados ordinarios vivos al finalizar el genocidio²⁴⁶; en un Estado, en definitiva, con un sistema judicial que fue incapaz de juzgar un solo caso hasta 1996. De ahí que, valga apuntarlo pues volveré sobre ello más adelante, pese al mecanismo previsto de prima de las confesiones, y aunque desde 1996 los tribunales internos han juzgado a unos diez mil responsables de participar en el genocidio, el número de detenidos a la espera de juicio sigue siendo elevadísimo (unos cien mil)²⁴⁷, circunstancia que ha obligado al propio gobierno ruandés a excarcelar a más de veinte mil detenidos y, en cierto modo, a establecer mecanismos alternativos de justicia restitutiva, restaurativa o reparatoria como los conocidos como *Gacaca*, tribunales inspirados en la tradicional justicia popular ruandesa en los que se estima que serán juzgados unos cien mil responsables del genocidio²⁴⁸.

He mantenido hasta el final de este breve repaso un elemento de ambos tribunales que, a mi entender, es de una importancia capital para comprender su propia esencia. Tanto el artículo del 9.2 Estatuto del TPIYUG como el artículo 8.2 del Estatuto del TPIRW establecen que:

*“El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento”*²⁴⁹.

²⁴⁴ *Organic Law on the Organization of Prosecutions for Offenses Constituting the Crime of Genocide or Crimes Against Humanity Committed Since October 1, 1990*, Organic Law N°. 08/96, de 30 de agosto de 1996. Sobre el sistema previsto en esta norma, véase MORRIS, M. H.: “The Trials of Concurrent Jurisdiction: The Case of Rwanda”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm. 7, 1997, en especial págs. 355-358.

²⁴⁵ Cfr. BERMEJO GARCÍA, R.: “El genocidio de Ruanda diez años después: una vergüenza para la comunidad internacional a la luz del principio de la “responsabilidad de proteger””, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005, pág. 272.

²⁴⁶ Cfr. CAPELLÀ I ROIG, M.: “Jurisdicciones Gacaca: Una solución local al genocidio ruandés”, en *REDI*, vol. LVI, núm. 2, 2004, pág. 768; MIRROR, M.: “Innovating Responses to the Past: Human Rights Institutions”, en BIGGAR, N. (ed.): *Burying the past: making the peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington DC, 2001, pág. 77.

²⁴⁷ A inicios de 1997 se habían contabilizado más de ochenta y siete mil detenidos por unas autoridades ruandesas que carecían de los medios necesarios para su mantenimiento; hecho que provocó que al menos durante 1996 haya sido reportada la muerte de dos mil de ellos como resultado de las condiciones de su encarcelamiento. Cfr. RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability...*, *op. cit.*, págs. 154-155.

²⁴⁸ Sobre este particular, consúltense, CAPELLÀ I ROIG, M.: “Jurisdicciones Gacaca...”, *op. cit.*; DUBOIS, O.: “Las jurisdicciones...”, *op. cit.*; FIERENS, J.: “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; SCHABAS, W. A.: “Genocide Trials and Gacaca Courts”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

²⁴⁹ Reproduzco el texto del artículo 9.2 del Estatuto del TPIYUG en tanto que la misma previsión del Estatuto del TPIRW, el artículo 8.2, no presenta diferencias reseñables.

El establecimiento de una clara primacía de ambos tribunales respecto de los tribunales nacionales es un dato que no debe minusvalorarse. Tanto su valor como su singularidad en el ordenamiento jurídico internacional son notas que perfilan, de forma más completa, la finalidad, relevancia y particularidad de estos dos Tribunales²⁵⁰. Sobre la misma, el TPIYUG ha señalado que:

“...Indeed, when an international tribunal such as the present one is created, it must be endowed with primacy over national courts. Otherwise, human nature being what it is, there would be a perennial danger of international crimes being characterized as "ordinary crimes" (Statute of the International Tribunal, art. 10, para. 2(a)), or proceedings being "designed to shield the accused", or cases not being diligently prosecuted (Statute of the International Tribunal, art. 10, para. 2(b)).

If not effectively countered by the principle of primacy, any one of those stratagems might be used to defeat the very purpose of the creation of an international criminal jurisdiction, to the benefit of the very people whom it has been designed to prosecute.

59. The principle of primacy of this International Tribunal over national courts must be affirmed... ”²⁵¹.

Ejemplo paradigmático de lo anterior serían las acciones judiciales iniciadas en Alemania para juzgar al mismo Dusko Tadic, que finalizaron con la transferencia de esta causa al TPIYUG ante la invocación de la primacía jurisdiccional por parte del Fiscal del Tribunal Internacional²⁵².

A esta serie de argumentos -que, no obstante como se verá, no son extensibles a la Corte Penal Internacional (CPI)-, se ha añadido que esta primacía, de la que se derivaría cierta limitación a la actuación individual estatal, podría interpretarse en clave de una cada vez mayor institucionalización de la Comunidad Internacional²⁵³. Ahora bien, aunque esta circunstancia no debe desatenderse, a mi entender, debería utilizarse un concepto de institucionalización un tanto laxo -en atención a las limitaciones materiales, temporales y geográficas de ambos Tribunales- para poder suscribir esta opinión; siendo, por tanto, más ajustado plantearse esta reflexión ante un desarrollo posterior, como será la creación de la CPI.

Se ha señalado reiteradamente la enorme influencia que desde su establecimiento han tenido estos dos tribunales en el desarrollo aquí estudiado; lo que, siendo cierto, no debe ocultar que en este momento histórico van a aparecer otros textos de gran relevancia a los efectos de este trabajo. De este modo, si bien habría que esperar dos años más para encontrar un texto internacional, de vocación general, que

²⁵⁰ Llama la atención, en un trabajo de gran interés por lo demás, que un autor como Dubois considere que “la obligatoriedad y la primacía del Tribunal son atributos esenciales de una jurisdicción internacional” sin mayor razonamiento. Entiendo que tan sólo desde una posición más propia del “deber ser” que del “ser” esta afirmación está plenamente justificada. Cfr. DUBOIS, O.: “Las jurisdicciones...”, *op. cit.*

²⁵¹ *Vid. Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 58 y 59.

²⁵² Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, *Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Tribunal in the Matter of Dusko Tadic*, n.º. IT-94-1-D, 8 de noviembre de 1994, en <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>. Consúltese, igualmente, *caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 49- 64.

²⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: “El Tribunal para...”, *op. cit.*, pág. 42.

sistemáticamente abordase de nuevo todas estas cuestiones, en este mismo año, 1994, sería aprobado otro instrumento jurídico de gran importancia: La CIDFP. En este tratado internacional se establecería, aun en ámbito regional²⁵⁴, la desaparición forzada de personas como un crimen de derecho internacional autónomo²⁵⁵, presentando todas las características de estos crímenes ya comentadas²⁵⁶.

No obstante, entre todas ellas es necesario destacar una particularidad especialmente significativa para este análisis, que justamente responde a las propias singularidades de los crímenes cometidos en el ámbito territorial del mismo. Tal y como recoge el artículo 3 de la Convención, este crimen será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, lo que supone que con independencia del momento en que se hizo desaparecer a la persona en cuestión, este comportamiento será considerado como un crimen de derecho internacional hasta que la misma no aparezca²⁵⁷.

²⁵⁴ Esta circunstancia ha llevado a algunos especialistas a sostener la posible aparición de un nuevo método de criminalización internacional de conductas; un proceso que comenzando en las regiones del mundo particularmente afectadas por esos crímenes puede llevar hasta la tipificación universal de esos actos. Cfr. RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability...*, *op. cit.*, págs. 116-117. A nivel universal, véanse la Resolución 47/133 de la AG, así como, principalmente, la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”; el “Anteproyecto de Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”; y el Proyecto final de la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.

²⁵⁵ Véase especialmente su Preámbulo. De otro lado, y como ya se indicó, en el recientemente adoptado Proyecto de la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, expresamente se recoge el carácter criminal de estos actos.

²⁵⁶ Las previsiones, en general, son similares a las ya recogidas de Convención contra la Tortura. A los efectos de este trabajo, véanse los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 9. Nótese de igual modo algunas diferencias relevantes en lo contenido en sus artículos 4 y, especialmente, en el 7.

²⁵⁷ Igual consideración figura en la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”. Sobre esta cuestión, conviene consultar la reciente sentencia de la Corte IDH en el *caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Frente a la alegación de la República de El Salvador de que habiéndose cometido la desaparición en 1982 no podía aplicarse “retroactivamente” la Convención de 1994, la Corte reiteró rotundamente que “no hay duda de que la desaparición forzada de personas se trata de un delito continuado que constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos, que ya en la década de los setenta era analizado como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” *Vid. Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Excepciones Preliminares*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 118, párr. 105. La Corte IDH tampoco ha exigido, a este respecto, que la Convención estuviera en vigor para el Estado en particular. Así, ha señalado que: “No existe ningún texto convencional actualmente en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994. A pesar de que esta última todavía no está en vigor para Guatemala, estos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia, instrumentos que se pueden invocar con fundamento en el artículo 29.d) de la Convención Americana.” *Vid. Caso Blake v. Guatemala, Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 27., párrs. 36, y 38-39. Sobre este último particular, resulta especialmente interesante leer el voto razonado del juez Cançado Trindade en el *caso Blake v. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 36. En el ámbito interno, puede consultar la importante decisión de la Corte Suprema de Chile en el *caso Contreras Maluñe*, sentencia de 26 de octubre de 1996; así como las reflexiones de la Corte Suprema de Argentina en su sentencia S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005.

Como se avanzó, en 1996 aparecería un texto internacional, de carácter general, en el que se consignarían una serie de principios –y crímenes– que han protagonizado todo el proceso glosado hasta este punto. En ese año la CDI presentó su segundo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad²⁵⁸, en el que se establecía: que esta serie de comportamientos individuales son crímenes de derecho internacional perseguibles al margen de su reconocimiento en el derecho interno –artículo 1–; que su comisión compromete la responsabilidad internacional del particular que no sólo los comete de forma directa, sino también en atención a otras formas de autoría –artículo 2–, así como en caso de omisiones encuadrables bajo la conocida como responsabilidad por mando –artículo 2 y 6–; que son crímenes de los que se deriva la responsabilidad internacional del individuo sin perjuicio de la posible responsabilidad internacional del Estado –artículo 4–; que el seguimiento de órdenes o el cargo de la persona culpable será irrelevante a efectos de eximir su sanción –artículos 5, 6 y 7–; y que los Estados deben o juzgar o extraditar a los responsables de los mismos –artículos 8, 9 y 10–.

De igual modo, el Proyecto contiene una definición exhaustiva de los Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, entre los que en este momento se incluyen también los crímenes intencionales y sistemáticos contra el personal de Naciones Unidas, en sentido amplio. Respecto a los crímenes contra la humanidad, la definición prevista en su artículo 18, aun similar a la de los Tribunales *ad hoc*, es más completa, en tanto que deja atrás las limitaciones mencionadas y criticadas.

Con todo, pese a que este texto codifica en su mayor parte el derecho internacional penal vigente, y que ha sido valorado por algunos especialistas como “*una foto fija del Derecho internacional penal*”, que además “*al haber tenido en cuenta no sólo el derecho vigente sino también especialmente (...) las observaciones de los Gobiernos, podría ser un elemento a tener en cuenta para no subestimar su impacto en la formación y consolidación del Derecho internacional penal*”²⁵⁹, su suerte concreta es aún incierta; y es que la AG en realidad puso mayor interés en un proyecto que se vería definitivamente reactivado en ese tiempo²⁶⁰. El establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, tantas veces demandado y añorado, se transformaría en realidad en 1998²⁶¹, conformándose,

²⁵⁸ Sobre el mismo, así como su proceso de elaboración, véase FERRER LLORET, J.: “La aplicación...”, *op. cit.*, págs. 15-24, así como las abundantes citas que recoge.

²⁵⁹ *Id.* CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación...*, *op. cit.*, pág. 129.

²⁶⁰ A pesar de su brevedad, resulta interesante la lectura del trabajo de Vargas Carreño -miembro, como es sabido, de la CDI cuando se redactó la versión definitiva del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad-, en el que además de un resumen del propio Proyecto se presenta una comparación del mismo con las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Véase VARGAS CARREÑO, E.: “El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho internacional”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor...*, *op. cit.*, vol. II, págs. 1523-1532. Sobre la relación entre ambos textos puede consultarse, entre otros, LIROLA DELGADO, I.: “La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*

²⁶¹ Al margen de los antecedentes ya mencionados, cabe señalar, de forma muy resumida, que el proyecto de creación de una Corte Penal Internacional surgió en los años 50 del siglo pasado, momento en que la AG creó una Comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, mediante Resolución 489 (V) de 12 de diciembre de 1950, y 687 (VII) del 5 de diciembre de 1952, encargada de compilar las normas de los

de este modo, el texto de su Estatuto como el instrumento jurídico más completo y actualizado en el ámbito que aquí interesa²⁶². La vocación universal y permanente,

procesos de Nuremberg y de preparar un proyecto del Estatuto para una Corte Penal Internacional. Esta Comisión redactó un proyecto de estatuto en 1953 para una Corte Penal Internacional, elevándose a la AG en 1954, proyecto que fue suspendido hasta tanto se llegara a un acuerdo en la definición del crimen de agresión –lo que, como se ha visto, no ocurría hasta 1974 con la Resolución 3314 (XXIX)–. La Guerra Fría trajo consigo el estancamiento de estos progresos, por lo que no fue hasta 1994 cuando la Comisión finalizó la tarea que se le había encomendado y recomendó a la AG que convocara una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios para que examinase tal proyecto. En diciembre de 1995, y con la finalidad de completar el texto del proyecto de Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, la AG creó un Comité Preparatorio (PrepCom) mediante Resolución 50/46. Este Comité Preparatorio se reunió seis veces desde 1996 a 1998 (del 25 de marzo al 12 de abril de 1996, del 12 al 30 de agosto de 1996, del 11 al 21 de febrero de 1997, del 4 al 15 de agosto de 1997, del 1 al 12 de diciembre de 1997 y del 16 de marzo al 3 de abril de 1998, respectivamente). Como resultado de las primeras dos reuniones la AG, mediante Resolución 51/207, convocó a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para 1998. En la sexta reunión se logró finalizar el proyecto y acordar el procedimiento de la Conferencia, que finalmente tuvo lugar del 15 de junio al 17 de julio de 1998 en Roma, donde se aprobó –con 120 votos a favor, 7 en contra (entre ellos, Estados Unidos de América, Israel, India y China) y 33 abstenciones– el Estatuto por el que se establecería la CPI. Muy poco tiempo después, el 11 de abril de 2002 –en una ceremonia especial en la sede de las Naciones Unidas–, el Estatuto entraría en vigor al ser ratificado por 60 Estados. A enero de 2006, son cien los Estados Partes en el mismo. Para más datos sobre esta cuestión, BOS, A.: “From the International Law Commission on the Rome Conference (1994-1998)”, CASSESE, A.: “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, CRAWFORD, J.: “The Cork of the International Law Commission”, KIRSCH, P., QC y OOSTERVELD, V.: “The Post-Rome Conference Preparatory Commission”, KIRSCH, P., QC y ROBINSON, D.: “Reaching Agreements at the Rome Conference”, y PACE, W. R. y SCHENSE, J.: “The Role of Non-Governmental Organizations”, PELLET, A.: “Entry and Amendment of the Statute”, todos ellos en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

²⁶² La novedad y relevancia de la CPI ha impulsado la redacción de un elevadísimo número de trabajos que, con diversa profundidad, analizan su proceso de establecimiento, el propio texto de su Estatuto –así como otros documentos posteriores como las Reglas de Procedimiento y Prueba o los Elementos de los Crímenes–, e incluso lo que se espera de su funcionamiento. De entre todos estos estudios pueden destacarse, sin carácter exhaustivo, AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2000, así como AMBOS, K. (coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional...*, *op. cit.*; AMBOS, K. y GUERRERO, O. J.: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Colombia, Bogotá, 1999; BASSIOUNI, M. C. (compilador): *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publisher, Nueva York, 1998, y el más exhaustivo BASSIOUNI, M. C. (ed.): *The legislative history of the International Criminal Court*, vols. I II y III, Transnational Publishers, Nueva York, 2005; CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de...*, *op. cit.*; CASSESE, A.: “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, en *EJIL*, vol. 10, n.º. 1, 1999; CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*, vols. 1 y 2, Oxford University Press, Nueva York, 2002; ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la Paz por la Justicia*, Dillex, Madrid, 2004; FAKHOURI GÓMEZ, Y.: “La Competencia de la Corte Penal Internacional: Competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control”, en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (coordinadores): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005; LEE, R. S. (ed.): *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999; LEE, S. R. y OTROS (eds.): *The International Criminal Court : elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte...*, *op. cit.*; OLÁSULO, H.: *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; POLITI, M.

aunque complementaria de los tribunales internos²⁶³ -tres características que la alejan completamente de todos los tribunales *ad hoc* habidos en la historia-, dotan a la misma además de una significación especialmente reforzada; configurándose, de otro lado y esta vez sí, como un paso esencial en la institucionalización de la Comunidad Internacional²⁶⁴.

Con todo, de nuevo ha de advertirse que el texto final del Estatuto es fruto de una intensa y difícil negociación política cuyo objeto, subráyese, no fue otro que delimitar las normas por las que este Tribunal se regiría²⁶⁵. En este sentido, no es posible colegir automáticamente que en el mismo se codifica todo el derecho internacional penal existente²⁶⁶; circunstancia que en ningún caso obsta para que reconocer la consolidación definitiva de algunos aspectos fundamentales como la improcedencia del cargo oficial o del seguimiento de órdenes, la imprescriptibilidad de estos crímenes, o la inclusión de las diversas formas de autoría y participación en los

y NESI G. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*; QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*; QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; SADAT, L. N.: *The International Criminal Court and the transformation of international law. Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, Nueva York, 2002; SCHABAS, W. S.: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004; SHELTON, D. (ed.): *International crimes, peace, and human rights : the role of the International Criminal Court*, Transnational Publishers, Nueva York, 2000; TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999; YÁNEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia...*, *op. cit.* Puede consultarse una lista actualizada de obras y documentos en <http://www.iccnw.org/espanol>.

²⁶³ Sobre este particular, véase apartado 1) del capítulo IV.

²⁶⁴ Autores de la importancia de Rodríguez Carrión y Pueyo Losa llegan a calificar la evolución derivada del establecimiento de la CPI como una “auténtica revolución para el Derecho internacional”. *Vid.*, el prólogo de estos dos autores al libro de LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte...*, *op. cit.*, pág. VIII. Al margen de las reflexiones sobre la institucionalización de la Comunidad Internacional, para autores como Carillo Salcedo el establecimiento de la CPI puede ser leído como una muestra de la existencia de un grado de solidaridad cada vez mayor en la misma. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: “La Cour pénale internationale: l’humanité trouve une place dans le droit international”, en *RGDIP*, vol. 103, n.º. 1, 1999.

²⁶⁵ Para dos destacados miembros de las delegaciones negociantes: “The statute is not a perfect instrument: no internationally negotiated instrument can be. It includes uneasy technical solutions, awkward formulations and difficult compromises that fully satisfied no one. But it is a balanced instrument, furnished with enough strength to ensure effective functioning of the court and sufficient safeguards to foster broad support among states.” *Vid.* KIRSCH, P. y HOLMES, J. T.: “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999, pág. 11. Sobre algunas de las consecuencias derivadas de la naturaleza del Estatuto, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “El establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional: Grandezas y servidumbres”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de...*, *op. cit.*

²⁶⁶ En esta línea, Condorelli ha puesto de manifiesto que: “C’est que, au delà des dispositions de caractère instrumental relatives à la Cour, le Statut a le grand mérite de définir pour la première fois de manière systématique les principaux crimes internationaux d’individus, en codifiant le développant par une approche globale le droit matériel préexistant (...), mais aussi en y ajoutant d’importantes innovations...” *Vid.* CONDORELLI, L.: “La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il sois accompli...)”, en *RGDIP*, vol. 103, n.º. 1, 1999, pág. 9. Al margen del efecto declarativo de las normas consuetudinarias en este sector, como bien señala Huesa Vinaixa, cabe preguntarse si el amplio apoyo estatal al texto del Estatuto de la CPI haría posible una interpretación de sus disposiciones en clave de efecto cristalizador. Cfr. HUESA VINAIXA, R.: “Incrimination universal y tipificación convencional. (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pág. 113.

misimos²⁶⁷. Respecto a los crímenes sobre los que la Corte es competente, conviene reproducir, pese a su extensión, al menos una de sus disposiciones²⁶⁸, como elemento clave en el desarrollo normativo de la responsabilidad internacional del individuo que se está examinando:

“Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por

²⁶⁷ Consúltense artículos 25, 27, 29 y 30. Sobre su formulación, véase apartado 1. b) del capítulo III.

²⁶⁸ A diferencia de la definición de los crímenes contra la humanidad –considerada una de los mayores logros del Estatuto–, la del crimen de genocidio y de los crímenes de guerra son similares a las ya incluidas en instrumentos anteriores, con lo que carece de sentido reiterarlas aquí. No obstante, conviene hacer notar que en algunos aspectos, como los crímenes sexuales, en la línea de lo previsto en y por los Tribunales *ad hoc*, se va más lejos de lo recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977; de otro lado, pueden identificarse algunas omisiones como, en los conflictos internacionales, el retraso injustificado en la repatriación de prisioneros de guerra y civiles, los ataques indiscriminados contra la población civil y los bienes culturales; o en los conflictos no internacionales, la prohibición de producir hambre a la población civil o la destrucción grave y generalizada de recursos naturales con daños al medio ambiente a largo plazo. En el ámbito de las armas prohibidas también se detectan importantes omisiones como las armas biológicas o las minas antipersona. En todo caso, la importante novedad de la inclusión de los crímenes de guerra cometidos en conflictos no internacionales –artículo 8.2 c) y e)– aconseja su consulta detallada. Sobre estas cuestiones, puede verse COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T.: “El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de...*, *op. cit.*; CONDORELLI: “War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*; PELLADINI, C.: “Los crímenes de guerra”, en YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia...*, *op. cit.*, págs. 115-126; QUEL LÓPEZ, F. J.: “La competencia material de los Tribunales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, págs. 95-102; VALENCIA VILLA, H.: “El genocidio...”, *op. cit.*, en especial págs. 112-114.

"tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

Con posterioridad al establecimiento de la CPI es posible identificar algunas otras iniciativas relevantes²⁶⁹ como los tribunales especiales para Sierra Leona²⁷⁰, Timor-

²⁶⁹ Aunque constituido sólo como un "tribunal de opinión" o un "tribunal de los pueblos", merece la pena hacer mención al "Tribunal Internacional de Mujeres sobre Crímenes de Guerra para el Enjuiciamiento de la Esclavitud Sexual a Manos del Ejército Japonés", cuyo Estatuto, aun con las limitaciones propias de su naturaleza, contiene disposiciones prácticamente idénticas a las recogidas en los Tribunales Penales *ad hoc* y la CPI. Puede consultarse el texto del Estatuto en <http://www.tlahui.com/politic/politi00/politi10/jap10-2.htm>. En este mismo orden de ideas, debe señalarse que pese a algunas conjeturas iniciales, el finalmente establecido Tribunal Especial para Irak, cuyo Estatuto fue aprobado por el Consejo de Gobierno de Irak el 10 de diciembre de 2003, quedó sólo en un mero tribunal interno; con lo que su análisis se aleja del ámbito de este trabajo. A este respecto, ÁLVAREZ, J. E.: "Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004; AMNISTÍA INTERNACIONAL: "Tribunal Especial para Irak – La imparcialidad de los juicios no está garantizada", índice AI: MDE 14/007/2005, 13 de mayo de 2005; SCHARF, M. P.: "It is International Enough? A Critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004; SHANI, Y.: "Does One Size Fit All? Reading the Jurisdictional Provisions of the New Iraqi Special Tribunal Statute in the Light of the Statutes of International Criminal Tribunals", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004; ZOLO, D.: "The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004. Desde una perspectiva más amplia, véase CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: "Iraqi Voices. Attitudes Toward Transitional Justice and Social Reconstruction", mayo, 2004.

²⁷⁰ Establecido sobre la base del *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*, firmado el 16 de enero de 2002. Sobre este tribunal, BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, págs. 397-398; BLANC ALTEMIR, A.: "El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario", en *ADI*, vol. XIX, 2003; CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: "The Special Court for Sierra Leone: The First Eighteen Months", marzo, 2004 (véase también el interesante informe preparado por Hayner "The Sierra Leone Truth and Reconciliation Comisión: Reviewing the First Year", enero, 2004); DAMGAARD, C.: "The Special Court for Sierra Leone: Challenging the Tradition of Impunity for Gender-based Crimes", en *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, núm. 4, 2004; ELAGAB, O. Y.: "The special court for Sierra Leone: some constraints", en *IJHR*, vol. 8, n.º. 3, 2004; HAINES, A. D.: "Accountability in Sierra Leona: The Role of the

Leste²⁷¹, los tribunales diseñados en Kosovo²⁷², o las Salas Especiales previstas para Camboya²⁷³. Lo más destacable de estas instituciones es su peculiar naturaleza, en tanto

Special Court”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability for Atrocities. National and International Responses*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2003; LINTON, S.: “Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice”, en *CLF*, vol. 12, n.º. 2, 2001, págs. 231-241; MCDONAL, A.: “El Tribunal especial para Sierra Leona: una instancia con recursos limitados”, en *RICR*, N.º. 845, 2002; SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone”, Documento de las Naciones Unidas: S/2000/915, 4 de octubre de 2000; SMITH, A.: “Sierra Leona: The Intersection of Law, Policy and Practice” y SCHABAS, W. A.: “Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leona”, ambos en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004. Desde una perspectiva más amplia, véase POOLE, J. L.: “Post-Conflict Justice in Sierra Leone”, en BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict Justice*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2001. Puede encontrarse información actualizada sobre este tribunal en <http://www.sc-sl.org>.

²⁷¹ En relación con los crímenes cometidos en el actual territorio de Timor-Leste se pueden identificar dos iniciativas: De un lado, en el mismo Timor-Leste las salas especiales (*Special Panels*) establecidas por la UN *Transitional Administration in East Timor* sobre la base de lo dispuesto en la Resolución 1272 del CS (la regulación de estas salas especiales se encuentra en la Reglamentación 2000/11 de 6 de marzo de 2000), del otro, en Indonesia, la creación de cuatro Tribunales Permanentes sobre Derechos Humanos por la ley 26/2000 de noviembre de 2000, y de un Tribunal *ad hoc* sobre Derechos Humanos por el Decreto Presidencia 53/2001. Sobre estas iniciativas, AMINISTÍA INTERNACIONAL: “Indonesia & Timor-Leste: International responsibility for justice”, índice AI: ASA 03/001/2003, de 14 de abril de 2003; “Amnesty International & Judicial System: Monitoring Programme Indonesia & Timor-Leste Justice for Timor-Leste: The Way Forward”, índice AI: ASA 21/006/2004, de 1 de abril de 2004; BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, págs. 401-404; CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: “Intended to Fail: The Trials Before the Ad Hoc Human Rights Court in Jakarta”, agosto, 2003; “Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor”, junio, 2005; DE BERTODANO, S. “East Timor: Trials and Tribunals”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*; DICKINSON, L. A.: “The Dance of Complementarity: Relationships Among Domestic, International, and Transnational Accountability Mechanisms in East Timor and Indonesia”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability...*, *op. cit.*; LINTON, S.: “Nuevas medidas para el establecimiento de una justicia internacional en Camboya y en Timor Oriental”, en *RICR*, N.º. 845, 2002, así como: “Cambodia...”, *op. cit.*, págs. 202-230. Desde una perspectiva más amplia, véase el informe del mismo Centro Internacional para la Justicia Transicional: “The Struggle for Truth and Justice. A Survey of Transitional Justice Initiatives Throughout Indonesia”, enero, 2004, así como STROHMEYER, H.: “Building a New Judiciary for East Timor: Challenges of a Fledgling Nation”, en *CLF*, vol. 11, núm. 3, 2000.

²⁷² A diferencia de otras medidas de esta naturaleza, el sistema previsto en Kosovo se fundamenta en disposiciones de la *United Nations Interim Administration Misión in Kosovo*, diseñando un modelo en que jueces y fiscales internacionales intervienen en casos particulares, y en el que se aplica, a la postre, la legislación interna de la Federación Yugoslava en virtud de la Resolución 1999/24 de 12 de diciembre de 1999. Para más datos, CERONE, J. y BALDWIN, C.: “Explaining and Evaluating the UNMIK Court System”, así como CADY, J.-C. y BOOTH, N.: “Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*

²⁷³ Establecidas por la *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Cambodia*, de 2 de enero de 2001, reafirmada por el Senado camboyano el 23 de julio de 2001. Su relación con las Naciones Unidas permanecía incierta tras varias rupturas en las negociaciones, hasta que se logró el definitivo Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática de 6 de junio de 2003. Para más datos, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Cambodia: Amnesty International's preliminary views and concerns about the draft agreement for the establishment of a Khmer Rouge special tribunal”, índice AI: ASA 23/003/2003, de 21 de marzo de 2003;

que en realidad no se trata de auténticos tribunales internacionales, sino de jurisdicciones internas en las que están presentes ciertos elementos internacionales. Por ello, suelen caracterizarse como tribunales híbridos²⁷⁴, mixtos²⁷⁵, internacionalizados²⁷⁶, o incluso como “tribunales internacionales nacionalizados”²⁷⁷; mecanismos valorados en todo caso, merece subrayarse, por el propio Secretario General de las Naciones Unidas como especialmente adecuados y útiles para enfrentar crímenes cometidos en atroces conflictos armados internos²⁷⁸.

La enorme problemática, heterogeneidad y cercanía en el tiempo de estas iniciativas dificultan aventurar la incidencia que las mismas tendrán en el proceso aquí abordado, mas, aunque luego volveré sobre ellas, a los efectos de este apartado conviene hacer notar que las disposiciones que regulan, o regularán, estas instituciones encuentran un asentamiento, más o menos completo, en las previsiones que se han ido recogiendo. En ese sentido, es claro ejemplo el artículo 9 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática²⁷⁹, a tenor del cual:

BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, págs. 406-408; BLANC ALTEMIR, A.: “El establecimiento de Salas de composición mixta (internacional e interna) en el sistema judicial nacional, ¿otro modo (eficaz) de combatir los crímenes internacionales?”, en *REDI*, vol. LVI, núm. 1, 2004; LINTON, S.: “Nuevas medidas...”, *op. cit.*, así como: “Cambodia...”, *op. cit.*, págs. 187-202; MEIJER, E. E.: “The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization, and Procedure of an Internationalized Tribunal”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*; SELLARÉS SERRA, J.: “El procesamiento por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática según el Acuerdo de marzo del 2003 entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya (un remake teatral)”, en *REDI*, vol. LV, núm. 2, 2003; TAYLOR, R. S.: “Better Late Than Never: Cambodia’s Joint Tribunal”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability...*, *op. cit.* Desde una perspectiva más amplia, véase BUCKLEY, A. J.: “The Conflict in Cambodia and Post-Conflict Justice”, en BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict...*, *op. cit.*; ETCHESON, C.: “The Politics of Genocide Justice in Cambodia”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*; RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability...*, *op. cit.*, págs. 227-287.

²⁷⁴ Cfr. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, pág. 397.

²⁷⁵ Cfr. SHRAGA, D.: “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*, en especial págs. 15-16.

²⁷⁶ Cfr. CASSESE, A.: “The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*; TURNS, D.: ““Internationalised” of Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002, págs. 123-184.

²⁷⁷ Cfr. PELLET, A.: “Internationalized Courts ...”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized...*, *op. cit.*, págs. 441-443.

²⁷⁸ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Report of the Secretary General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone”, Documento de las Naciones Unidas: S/2000/915, 4 de octubre de 2000, en especial párrs. 5-11.

²⁷⁹ *Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, 6 de junio de 2003. El texto es prácticamente idéntico al propuesto en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Proyecto de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento

Javier Chinchón Álvarez

“Crímenes de la competencia de las Salas Especiales. Las Salas Especiales tendrán competencia ratione materiae para conocer del crimen de genocidio según se define en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y de las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás crímenes de esa índole tipificados en el capítulo II de la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales, promulgada el 10 de agosto de 2001.”

Finalmente, conviene destacar que en septiembre de 2005 se adoptó el proyecto definitivo de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, parte de cuyo contenido ya ha sido comentado en las páginas anteriores. Se espera que sea adoptada por la AG en su sesenta y un período de sesiones.

de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática”, Documento de las Naciones Unidas A/57/806, 6 de mayo de 2003.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: DIMENSIÓN NORMATIVA (II)

1) Concepción normativa de la responsabilidad internacional del individuo en la actualidad.

Tras el repaso histórico a la evolución normativa de la responsabilidad internacional del particular, resulta oportuno traer aquí de nuevo la formulación inicial que se presentó sobre el principio de la responsabilidad internacional del individuo, con vistas a abordar con más detalle alguno de aquellos elementos que serán importantes para el desarrollo de este trabajo, completar las pautas que se establecieron en el Capítulo introductorio, y, en definitiva, enfrentar algunas de las aristas que el proceso comentado ha ido poniendo de manifiesto.

En aquel momento afirmé que la responsabilidad internacional del particular surge en supuestos excepcionales en los que determinadas normas de derecho internacional prevén, explícitamente, la trascendencia internacional de concretas conductas del individuo, en las que además es precisa la existencia de culpa; estableciéndose, igualmente, una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo consecuencias principalmente de índole penal las que, en última instancia, atañen al individuo que con esa conducta o conductas incumpla los deberes que emanan de esta clase de normas. Expresado de una forma más breve, podría señalarse que por el principio de la responsabilidad internacional del particular ha de entenderse el reconocimiento expreso de que el individuo es personalmente responsable de determinadas conductas que, por suponer la violación de obligaciones internacionales, adquieren trascendencia más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ambos enunciados suponen asumir cuatro realidades de gran importancia que han quedado explicitadas a lo largo de los apartados anteriores: 1) La existencia de una serie de normas de derecho internacional cuyo destinatario es el particular. 2) El hecho de que esas normas imponen una serie de obligaciones a esos particulares; pero a los particulares como tales, esto es, con independencia de que su actuación pueda ser

también atribuida a un Estado. 3) Que el particular puede, directamente y sólo con su comportamiento, violar esas normas y quebrantar las obligaciones que contienen. 4) Que esa violación genera la responsabilidad internacional del particular; al margen de cualquier responsabilidad atribuible, en su caso, a un Estado.

En realidad, aceptar estas cuatro afirmaciones y sostener, consecuentemente, que la comisión de un crimen de derecho internacional conlleva la responsabilidad internacional de su/s autor/es, no supone más que asumir un principio clásico del derecho penal que, allá por el siglo XIX, Cheng condensara de la siguiente forma: “*The principle that everyone should only be responsible for his own acts or those of his agents may be called the principle of individual responsibility*”²⁸⁰. Sin embargo, su aplicación o traslación a un ordenamiento como el derecho internacional no deja de ser una suerte de alteración de sus principios igualmente clásicos, y en esta línea, una nueva prueba potencial del proceso de humanización que, como se apuntó, para muchos autores se ha ido desarrollando.

Ya se han mencionado las distintas valoraciones sobre este cambio vivido en el seno del derecho internacional, así como algunas implicaciones en el complejo mundo de la subjetividad internacional, e incluso las opiniones que rebaten los cuatro puntos expuestos; con lo que lo pertinente ahora es delimitar, con la precisión necesaria, los distintos elementos que subyacen tanto en los cuatro puntos consignados como especialmente en la definición escogida.

1. a) Reflexiones iniciales acerca del significado del término “norma”.

En primer lugar, cabe hacer alguna reflexión en torno al concepto de “norma” utilizado en los tres primeros puntos o realidades señaladas, en el entendimiento de que si bien, tanto normas de derecho internacional convencional como, señaladamente, normas consuetudinarias contienen disposiciones sobre esta materia, existe de igual modo un camino que apunta a la posibilidad de que la responsabilidad internacional del individuo se vea activada por comportamiento criminalizados sobre la base de los principios generales del derecho, en sentido amplio; posición sustentada de forma especialmente intensa, como se ha visto, en y por los procesos posteriores a las dos Guerras Mundiales, y posteriormente reforzada con lo dispuesto, entre otros, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸¹ (PIDCP), a tenor del cual:

²⁸⁰ Citado en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, pág. 238. Sobre esta cuestión, ampliamente tratada en el derecho penal, véase, entre muchos otros, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, PPU, 4ª edición, Barcelona 1996, págs. 95-99, así como las referencias que recoge; préstese especial atención a la conexión que establece con este principio y la idea de la dignidad humana.

²⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en BOE de 30 de abril de 1977. A enero de 2006, ciento cincuenta y cinco son Estados Partes.

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”²⁸².

Abordar esta cuestión en detalle obligaría a un análisis exhaustivo del propio concepto y carácter de los principios generales del derecho y, más concretamente, de lo que ha venido a conocerse como “principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional”; estudio que excede, en mucho, de las posibilidades y objeto de este trabajo. Con lo que baste apuntar que sobre el contenido de este artículo se ha alegado -e incluso criticado durante su negociación- que aparentemente los dos párrafos de este precepto contienen una redundancia, en tanto que es posible sostener que los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional, a los que se refiere el segundo párrafo, forman ya parte del derecho internacional mencionado en el primero²⁸³. En este orden de ideas, no será baladí recordar que las relaciones existentes entre el derecho internacional y los distintos ordenamientos internos justifican un ámbito de influencia entre ambos de doble sentido: De un lado, los principios afirmados inicialmente *in foro domestico* devendrán principios del propio ordenamiento jurídico internacional en la medida en que se conformen como normas consuetudinarias o como “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, en un proceso que, a la postre, bien parece ser prácticamente semejante²⁸⁴; por el otro, los principios propios del derecho internacional deberán ser incorporados por los ordenamientos internos²⁸⁵. Junto a lo anterior, cabe agregar que como se argumentó durante la elaboración del mismo Pacto, la expresión “delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional” tiene un significado legal poco preciso²⁸⁶.

Con todo, finalmente la redacción de este artículo quedó tal y como se ha reproducido, y ello porque sobre cualquier otra consideración el objetivo del mismo más bien era preservar los distintos procesos habidos básicamente tras el fin de la

²⁸² Véanse también el artículo 11.2 de la DUDH y el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Nótese que ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos contienen una mención al derecho internacional más allá de la mención genérica al “derecho aplicable”. Por su parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 7.2, presenta una formulación más restringida con la referencia a “un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible.”

²⁸³ Cfr. BOSSUYT, M. J.: *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, pág. 330.

²⁸⁴ A este respecto, MARINO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho Internacional...*, op. cit. pág. 417.

²⁸⁵ Sobre todo lo referido en este párrafo, consúltese FERNÁNDEZ PONS, X.: “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, en REEI, N.º. 5, 2002, en especial págs. 2-3.

²⁸⁶ Cfr. *Ibid.*, pág. 331. Incluso en la negociación del párr. 1 hubo alegaciones para cambiar la referencia al “derecho internacional” por la del “derecho aplicable”, ya que, para ellos, “explicit reference to international law was undesirable since the notion of international criminal law was at a developing state, its substance was still uncertain, and embodiment of this concept in the article might prevent status from becoming parties to the Covenants.” *Vid. Ibid.*, pág. 325.

Segunda Guerra Mundial²⁸⁷; y en esta línea, incluir en la formulación elegida la esencia de los ya citados Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

En este sentido, son muy esclarecedoras las manifestaciones realizadas por algunas delegaciones en la negociación del artículo 15.2: “... *retention of paragraph 2 would eliminate any doubts regarding the legality of the judgements rendered by Nürnberg and Tokyo tribunals...*”²⁸⁸, pero frente a esta, en principio, loable finalidad surgen algunos problemas jurídicos que en todo caso no desalentaron al TPIYUG para que años después reiterara esta misma doctrina en el *asunto Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*²⁸⁹.

En realidad, con anterioridad a esta sentencia ya el TPIYUG había acudido a los principios generales del derecho para tratar de definir conductas como el crimen de violación al que alude el artículo 5 de su Estatuto, sosteniendo en aquella ocasión que:

*“This Trial Chamber notes that no elements other than those emphasised may be drawn from international treaty or customary law, nor is resort to general principles of international criminal law or to general principles of international law of any avail. The Trial Chamber therefore considers that, to arrive at an accurate definition of rape based on the criminal law principle of specificity (Bestimmtheitsgrundsatz, also referred to by the maxim “nullum crimen sine lege stricta”), it is necessary to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national laws”*²⁹⁰.

Parece entonces admitido que a través de los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional pueden criminalizarse conductas que comprometan la responsabilidad internacional del particular, lo que, consecuentemente, llevaría a tener que interpretar el término de “normas” antes empleado de una forma lo

²⁸⁷ Además de lo ya mencionado, véanse los argumentos vertidos en los casos *High Command*, *The United States Of America v. Von Leed*, en *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. XI; *caso Justice*, *The United States Of America v. Josef Altstoetter, et al.*, en *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, (Green Series)*, Vol. III -versiones electrónicas en <http://www.maza.org/NMT-HOME.htm>.

²⁸⁸ *Vid.* BOSSUYT, M. J.: *Guide...*, *op. cit.*, pág. 331. Justo en sentido contrario, otras delegaciones apuntaron que “*if, as was claimed, it was intended as a confirmation of the principles applied by the war crimes tribunals after the Second World War, it might have the opposite effect of calling into question the validity of the judgements of those tribunals.*” *Vid. Ibid.*, pág. 330. Resulta curioso advertir que aun centrando la atención sólo en este punto, algunos autores señalan que ya el primero párrafo del artículo 15 reafirmaba lo buscado explícitamente por el segundo, justamente, en relación con los procesos habidos en los TMIs. Cfr. NOOR MUHAMMAD, H. N. A.: “Due Process of Law for Persons Accused of Crime”, en HENKIN, L. (ed.): *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, pág. 164.

²⁸⁹ Cfr. *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 20 de febrero de 2001, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm>, párr. 173. En este orden de ideas, aunque con carácter más general, ya en el asunto *Kupreskic et al.*, el Tribunal había explicitado una posición similar. Cfr. *Caso Prosecutor v. Kupreskic et al.*, sentencia de 14 de enero de 2000, n°. IT-95-16, en <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 591.

²⁹⁰ *Vid. Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 177. Las precauciones que menciona se encuentran desarrolladas en el siguiente párrafo de la sentencia.

más inclusiva y amplia posibles²⁹¹. Sin embargo, de hacerlo podría desvirtualizarse en cierta medida la propia diferencia esencial entre los principios generales y las normas, *strictu sensu*; esto es, en palabras de expertos como González Campos, Sánchez Rodríguez, y Sáenz de Santamaría, que los principios expresan ciertos valores jurídicos fundamentales que informan el sistema jurídico en su totalidad o en un determinado sector del mismo, mientras que las normas contienen la prescripción de un comportamiento, una conducta exigida o prohibida a sus destinatarios²⁹². Así, aunque como sostuviera Sorensen los principios generales son la base que permite asegurar la coherencia entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos²⁹³, de lo anterior no debería extraerse que de los principios generales no se deriven auténticas obligaciones internacionales²⁹⁴, sino que el carácter de los mismos, y la naturaleza de las prescripciones aquí abordadas, parecen ser difícilmente acomodables.

Muchas de las opiniones manifestadas a lo largo del proceso de negociación del artículo 15.2 del PIDCP pusieron sobre la mesa precisamente esta cuestión, arguyendo que los comportamientos delictivos no deberían poder ser tipificados sobre la base de principios, mucho menos de principios generales, pues ningún tribunal de justicia debería poder condenar a un individuo aplicando sólo principios generales²⁹⁵; argumentos que, es obvio, presentan cierta relación con la concepción de partida que se tenga sobre el propio contenido del principio de legalidad penal²⁹⁶.

Un trabajo reciente sobre los principios generales del derecho ha puesto de manifiesto un camino de análisis interesante para afrontar esta problemática. Tal y como expone Orench y del Moral, si bien muchas convenciones o declaraciones sobre la temática que aquí ocupa han incorporado principios generales del derecho (ya sea interno, ya sea del derecho internacional), lo han en clave de desarrollo, esto es, concretando esos principios para hacerlos aplicables de una forma más específica²⁹⁷; siendo que, como apunta Abellán Honrubia, conceptualmente resulta difícil asumir que de estos mismos principios generales pudiera derivarse directamente una responsabilidad internacional para el particular²⁹⁸. De tal suerte que, podría decirse, sin

²⁹¹ En este sentido, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/398, 11 de marzo de 1986, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 1986, págs. 74-75.

²⁹² Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 91.

²⁹³ Cfr. SORENSEN, M.: “Principes de Droit...”, *op. cit.*, pág. 16.

²⁹⁴ En relación con los crímenes objeto de este estudio, véase asunto de las *Reservas al Convenio para la prevención y la prevención y la sanción del delito de genocidio*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

²⁹⁵ Cfr. BOSSUYT, M. J.: *Guide...*, *op. cit.*, pág. 331.

²⁹⁶ Sobre el mismo, véase apartado 2.a. 1) del capítulo IV.

²⁹⁷ Cfr. ORENCH Y DEL MORAL, M. A.: *El derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, págs. 312-317.

²⁹⁸ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 197-199. Cuestión distinta es si la misma responsabilidad internacional del individuo puede considerarse como un principio general. Abellán Honrubia niega la posibilidad de que, en el estado actual de desarrollo del derecho internacional, pueda considerarse este principio como un principio general del derecho internacional, si bien, tal y como indica Bassiouni, esta cuestión puede reorientarse considerando al principio de la responsabilidad internacional del

este desarrollo o concretización resultaría muy complicado esperar que, en la actualidad, sobre la base de estos principios pudiera crearse una figura tipificadora de una conducta determinada a la que acompañara la responsabilización y la sanción penal más o menos acotada.

En todo caso, como se ha avanzado, no es ésta una cuestión que puede resolverse en unas pocas páginas, por lo que a los efectos de este apartado ha de ser retenido que el concepto de “norma” antes manejado debe entenderse que incluye, además de obviamente el derecho internacional convencional y el consuetudinario, los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional. Pese a lo controvertido de esta formulación, no parece haber otra interpretación posible a la vista de la práctica y textos mencionados; interpretación que, no obstante, quizá pueda ser matizada si se atiende, como indica parte de la doctrina, y como se ha adelantado líneas arriba, a que aquellos comportamientos criminalizados por estos principios encuentran igualmente sustento en, al menos, el derecho internacional consuetudinario²⁹⁹. De ahí que autores como Bantekas y Nash concluyan señalando que hoy por hoy ningún crimen del que se derive la responsabilidad internacional del particular tiene como fundamento exclusivo a los principios generales del derecho³⁰⁰.

1. b) La conducta del particular: Formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional.

Estando claramente asentado el principio según el cual determinadas conductas del particular trascienden el ámbito interno y se enfrentan a todo un conjunto de obligaciones internacionales cuyo destinatario es el individuo, en la conceptualización de este principio es igualmente preciso señalar que, como se ha puesto de manifiesto, la responsabilidad internacional del individuo no sólo alcanza al autor material de un crimen de derecho internacional; cuestión de una importancia capital a la hora de evaluar los problemas derivados del número de sujetos a enjuiciar por los crímenes cometidos antes de un proceso de transición.

Aunque por motivos expositivos haya optado por formular, en términos generales, que la responsabilidad internacional del individuo atañe al particular que

particular, ya un principio sectorial del derecho internacional penal, ya un principio general de derecho interno penal. Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *Le Fonti e il Contenuto del Diritto Penale Internazionale. Un Quadro Teorico*, Giuffrè Editore, Milán, 1999, en especial págs. 32-37.

²⁹⁹ Véase, por ejemplo, WERLE, G. y OTROS: *Tratado de...*, *op. cit.*, págs. 109-111. Desde una perspectiva un poco más amplia, MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho Internacional...*, *op. cit.* pág. 417. Aclárese, en todo caso, que lo anterior no quiere decir que los mismos principios no tenga un carácter autónomo, ya que como bien indica Díez de Velasco: “no debe olvidarse que una cosa es reconocer que los principios generales del Derecho o los principios generales del Derecho Internacional se incorporen en normas consuetudinarias o convencionales y otra muy distinta (es) negar la autonomía de los mismos como fuente del ordenamiento jurídico internacional”. Vid. Díez de Velasco, M.: *Instituciones de...*, *op. cit.*, pág. 122.

³⁰⁰ Cfr. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, *op. cit.*, pág. 5.

comete el crimen, el desarrollo normativo recogido presenta un escenario en el que, en primera instancia, hay que hacer notar que la mención al verbo “cometer” no debe ocultar que en este campo específico son relevantes no sólo las acciones, sino también las omisiones en los casos en que exista un deber de evitar esos comportamientos. En este sentido, ha señalado la CDI que un individuo ve comprometida su responsabilidad internacional por una acción que consista en una violación del deber de abstenerse de realizarla, así como por una omisión concretada en la vulneración del deber de realizar un acto³⁰¹. En segundo lugar, ha de tenerse presente que desde las primeras manifestaciones de la responsabilidad internacional del individuo se han visto reconocidas de manera determinante formas de autoría y participación más allá de las del mero autor material directo o inmediato.

El TPIYUG, ya en el *asunto Tadić*, sirviéndose de muchos de los antecedentes consignados en el Capítulo II, explicitó tanto la diversidad de formas de participación en la comisión de un crimen de derecho internacional como su carácter de derecho internacional consuetudinario³⁰². Posteriormente, el propio TPIYUG, así como el TPIRW, han reiterado esta consideración como algo fuera de toda duda³⁰³.

Ahora bien, desglosar en detalle los comportamientos que pueden incluirse dentro de la genérica participación en la comisión de un crimen de derecho internacional no es tarea sencilla, pues la inicial heterogeneidad en las previsiones que regulaban esta materia dificulta una exposición sistemática de las mismas. De este modo, tan sólo atendiendo a los distintos instrumentos convencionales citados puede observarse que si bien todos ellos contienen disposiciones sobre las diversas formas de autoría y participación sancionables, la unanimidad se rompe en relación con los tipos concretos recogidos en cada uno de ellos.

Así, para la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio son sancionables tanto la comisión de genocidio, como la asociación para cometerlo, la instigación directa u pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio, así como la complicidad en el genocidio. Por su parte, el texto común de los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio de Ginebra de 1949, tan sólo prevé la necesidad de castigar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra los Convenios. En relación con la tortura, la CCT, en su artículo 4.1, dispone que serán delictivos tanto los actos de tortura como la complicidad, participación o tentativa de su comisión. Disposición que en la CICT se recoge de una forma más amplia al declarar que:

³⁰¹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 7 al artículo 2 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

³⁰² Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 661-669.

³⁰³ Cfr. *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de febrero de 1998, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 321; *caso Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, sentencia de 21 de mayo de 1999, n°. ICTR-95-1-T, en <http://www.ictcr.org/default.htm>, párr. 195.

“Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.”

Finalmente, la CIDPF en su artículo I señala que habrán de ser sancionados tanto los autores, como los cómplices y encubridores de este crimen, que también deberá ser castigado en grado de tentativa.

Un texto de naturaleza no totalmente asimilable a los anteriores, como es la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, afirma que su articulado será de aplicación a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices, o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración. Por su parte, si se atiende al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad podrá apreciarse que el régimen se complica un poco más, pues, a tenor de su artículo 2.3:

“Será responsable de un crimen de los previstos en los artículos 17, 18, 19 ó 20 el que: a) haya cometido intencionadamente tal crimen; b) haya ordenado la comisión de tal crimen y éste llegue a perpetrarse o se intente perpetrarlo; c) no haya impedido o reprimido la comisión de tal crimen en las circunstancias previstas en el artículo 8; d) haya proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, para la comisión de tal crimen, incluso facilitando los medios para ello; e) haya participado directamente en el plan o confabulación para cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; f) haya incitado directa y públicamente a otro a cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; g) haya intentado cometer tal crimen dando principio a su ejecución, sin que llegue a consumarse por circunstancias ajenas a su voluntad.”

De igual suerte, los Estatutos de los distintos tribunales penales internacionales contienen previsiones sobre los diversos modos de autoría y participación sobre los que se declaran competentes. En este orden de ideas, conviene recordar que desde una formulación como la del Estatuto del TMI de Nuremberg, cuyo artículo 6 tan sólo disponía que *“Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”*, se ha llegado a una exhaustiva enumeración de las diversas formas de autoría y participación atendibles, tanto en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, como muy significativamente en el Estatuto de la CPI; formulaciones que no obstante presentan sensibles diferencias:

Según los artículos 7 del Estatuto del TPIYUG y 6 del TPIRW, todo aquél que haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en sus Estatutos será individualmente responsable por ello. Mientras que para el artículo 25, apartados 2 y 3, del Estatuto de la CPI:

“2. *Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*

3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.*

Tan sólo la comparación entre estas últimas previsiones pone de manifiesto la dificultad ya apuntada, y así, por ejemplo, es apreciable la inclusión de la tentativa en el artículo 25.3. f) del Estatuto de la CPI como conducta punible para todos los crímenes bajo su competencia, mientras que para los Estatutos de los TPIYUG y TPIRW la misma sólo es relevante en el caso específico del genocidio -tal y como dispone la propia Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³⁰⁴-, y no así como régimen general aplicable al resto de crímenes. Como señalara el TPIRW:

“Thus, Article 6(1) covers various stages of the commission of a crime, ranging from its initial planning to its execution, through its organization. However, the principle of individual criminal responsibility as provided for in Article 6(1) implies that the planning or preparation of the crime actually leads to its commission. Indeed, the principle of individual criminal responsibility for an attempt to commit a crime obtained only in case of genocide. Conversely, this would mean that with respect to any other form of criminal participation and, in particular, those referred to in Article 6(1), the perpetrator would incur criminal responsibility only if the offence were completed”³⁰⁵.

Similar reflexión podría hacerse respecto al uso de la terminología en estos tres instrumentos, particular en el que pueden observarse ciertas divergencias en la utilización, o en la exclusión, de vocablos en los que se incluyen formas de participación como la “incitación”, la “contribución”, la “colaboración”, o la “planificación”.

En definitiva, la ausencia de, por utilizar un concepto más propio del derecho interno, una parte general en el derecho internacional penal, o como señala Pigrau Solé, de unos conceptos básicos equivalentes a los que están en el núcleo de los sistemas penales estatales³⁰⁶, convierten la exposición de los distintos modos de autoría y

³⁰⁴ De hecho, los artículos 4.3 del Estatuto del TPIYUG y 2.2 del Estatuto del TPIRW reproducen el contenido del artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

³⁰⁵ *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictor.org/default.htm>, párr. 473.

³⁰⁶ Cfr. PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de...”, *op. cit.*, pág. 175.

participación en una labor notablemente compleja. No obstante, puede inducirse de lo recogido que, en líneas generales, tanto el coautor, como el autor mediato, así como, en sentido amplio, los cómplices, planificadores y encubridores³⁰⁷ son igualmente responsables en la comisión de estos crímenes. De otro lado, la propia tentativa de comisión de estos crímenes aparece como susceptible de responsabilización internacional, aunque no de forma tan clara para crímenes como los de guerra o contra la humanidad; así como, de forma más marginal, la instigación, sólo referida al crimen de genocidio.

En todo caso, a mi entender de lo expuesto merece una especial consideración la autoría mediata pues, más que ninguna otra figura, pone sobre la mesa importantes cuestiones como la responsabilidad de los superiores jerárquicos que se sirven de sus subordinados para cometer alguno de estos crímenes, o la calificación que merecen circunstancias como el cumplimiento de órdenes o la llamada “obediencia debida”.

Ciertamente, esta figura pudiera también incluirse bajo las previsiones mencionadas en relación con los sujetos que “ordenan” cometer los crímenes consignados, pero de hacerlo, como bien indica Ambos, sería preciso aclarar que se estaría no ante una forma de participación en calidad de cómplice, sino ante una autoría en clave de autor mediato³⁰⁸. En este mismo orden de ideas, es pertinente añadir una reflexión adicional en cuanto a las conductas realizadas por los más altos cargos - generalmente estatales- en relación con los crímenes de derecho internacional que, por su propia naturaleza, requieren de una programación o política sistemática. En casos como los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio, por ejemplo, resulta común identificar tres niveles de responsabilidad: 1) Los máximos dirigentes que formulan el plan general de realización de los crímenes en cuestión. 2) Los mandos o responsables medios que desarrollan ese plan dando las órdenes pertinentes a sus subordinados. 3) Los subordinados que, directamente, ejecutan las acciones que conforman el crimen de derecho internacional. Estas situaciones pueden resolverse considerando a los sujetos colocados en las posiciones 1 y 2 como autores mediatos, al igual que si se busca un acomodamiento más específico o completo con las figuras citadas *supra*, podría sostenerse que los individuos situados en la posición 1 serían responsables por la planificación del crimen, los sujetos de la posición 2 por las órdenes

³⁰⁷ Sobre la amplitud y problemática de estas figuras, sobre todo de la primera, AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional...*, *op. cit.*, págs. 131-138; KITTICHAISAREE, K.: *International...*, *op. cit.*, págs. 236-257. Desde una perspectiva más propia del derecho interno, LÓPEZ PEREGRIN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Téngase en cuenta que, en líneas generales, puede ser también una buena guía lo apuntado por el TPIYUG en *asunto Tadic*. Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 661-692.

³⁰⁸ Cfr. AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional...*, *op. cit.*, pág. 133; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 8 al artículo 2 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pág. 140.

impartidas para su ejecución concreta, y, obviamente, los particulares situados en la posición 3 responsables por la comisión directa de los crímenes³⁰⁹.

En cualquier caso, bajo una figura u otra, no cabe duda de que el comportamiento de todos estos sujetos comprometería su responsabilidad internacional, siendo relevante la caracterización por la que se opte, a la postre, a los efectos de la sanción penal que cada uno de ellos merezca³¹⁰.

Junto a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la actuación de un superior cuyos subordinados cometen un crimen de derecho internacional debe ser valorada, además, incorporando tanto la distinción realizada entre la responsabilidad por acción y por omisión, como muy especialmente lo expuesto sobre el principio de responsabilidad del superior, responsabilidad por mando, o responsabilidad funcional. En este sentido, resulta oportuno recordar lo dispuesto en diversos instrumentos como artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la IV Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907, los artículos 86.2 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, el artículo 3 de la CICT, los artículos 2.3. c) y 6 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, o los artículo 7.3 del Estatuto del TPIYUG, 6.3 del Estatuto del TRPIRW, y 28 del Estatuto de la CPI; así como las distintas decisiones judiciales referidas en las que se ha condenado a acusados bajo este principio.

El TPIYUG ha reiterado la vigencia de este principio aplicándolo no sólo a los mandos militares sino también a los superiores civiles. Así, por ejemplo, en la causa contra Radovan Karadzic y Ratko Mladic sostuvo que:

"The conditions for the responsibility of superiors under Article 7 (3) of the Statute, that is those constituting criminal negligence of superiors, have unquestionably been fulfilled:

- *The Bosnian Serb military and police forces committing the offences alleged were under the control, command and direction of Radovan KARADZIC and Ratko MLADIC (...).*
- *through their position in the Bosnian Serb Administration, Radovan KARADZIC and Ratko MLADIC knew or had reasons to know that their subordinates committed or were about to commit the offences in question;*
- *lastly, it has established that Radovan KARADZIC and Ratko MLADIC failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof*"³¹¹.

³⁰⁹ En esta segunda línea, véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios 13, 14 y 15 al artículo 2 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

³¹⁰ Véase apartado 2. a) del capítulo IV.

³¹¹ *Vid. Caso Prosecutor v. Karadzic/Mladic, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, n°. IT-95-5/18, 11 de Julio de 1996, en <http://www.un.org/icty/karadzic&mladic/trialc/rev-ii960716-e.pdf>, párr. 82. En la misma línea, *caso Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 25 de junio de 1999, n°. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/trialc/judgement/index.htm>, párrs. 66-81, 78; *caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 20 de febrero de 2001, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm>, párr. 303; *caso Prosecutor v. Milosevic*, sentencia de 16 de junio de 2004, n°. IT-02-54, en <http://www.un.org/icty/milosevic/trialc/judgement/index.htm>, párrs. 300-309. Nótese que sobre particular el TPIRW ha manifestado que: "The Chamber therefore finds that in the case of civilians, the application of the principle of individual criminal responsibility, enshrined in Article 6 (3), to civilians remains contentious. Against this background, the Chamber holds that it is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all

Aun con la difusa frontera entre estas conductas y, en sentido amplio, la complicidad en la comisión de los crímenes de derecho internacional³¹², puede concluirse que la responsabilidad internacional del superior sería predicable en dos supuestos: el primero, cuando se ordena cometer un crimen de derecho internacional; el segundo, cuando sin haberlo cometido se omite el deber de evitar ese crimen en las circunstancias ya mencionadas³¹³.

En ambos casos lo más importante es retener que la responsabilidad internacional alcanza a los superiores con independencia de su posición o cargo desempeñado³¹⁴, lo que, reitérese, plantea un posible escenario de conflicto con

necessary and reasonable measures to prevent the commission of the alleged crimes or to punish the perpetrators thereof.” Vid. *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, en <http://www.icttr.org/default.htm>, párr. 491. Posteriormente, el TPIRW aceptaría la extensión del principio a los civiles, pero aceptando el régimen dual del artículo 28 del Estatuto de la CPI, y aclarando: “*The crucial question in those cases was not the civilian status of the accused, but of the degree of authority he exercised over his subordinates. Accordingly the Chamber accepts the submission made by the Prosecution that a civilian in a position of authority may be liable under the doctrine of command responsibility. The Chamber will turn, therefore, to consider in what instances a civilian can be considered a superior for the purposes of Article 6(3), and the requisite “degree of authority” necessary to establish individual criminal culpability pursuant to this doctrine of superior responsibility.*” Vid. *Caso Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, sentencia de 21 de mayo de 1999, n.º. ICTR-95-1-T, en <http://www.icttr.org/default.htm>, párr. 216. Sobre toda esta cuestión, AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional...*, *op. cit.*, págs. 142-147; sobre la interpretación y evolución en el ámbito del TPIRW, WILLIAMSON, J. A.: “Command responsibility in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *CLF*, vol. 13, núm. 3, 2002.

³¹² Y es que, finalmente, el mismo TPIYUG acabó afirmando que: “*The Trial Chamber does consider, however, that the type of responsibility incurred is better characterised by Article 7 (1) of the Statute. The evidence and testimony tendered all concur in demonstrating that Radovan KARADZIC and Ratko MLADIC would not only have been informed of the crimes allegedly committed under their authority, but also and, in particular, that they exercised their power in order to plan, instigate, order or otherwise aid and abet in the planning, preparation or execution of the said crimes.*” Vid. *Caso Prosecutor v. Karadzic/Mladic*, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, n.º. IT-95-5/18, 11 de julio de 1996, en <http://www.un.org/icty/karadzic&mladic/trialc/rev-ii960716-e.pdf>, párr. 83. En el mismo sentido, consúltese lo dispuesto en la ya citada decisión en el *caso Blaskic*. Cfr. *Caso Prosecutor v. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, n.º. IT-95-14, en <http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm>, párr. 337. Véase, de igual modo, *caso Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a “Jenka”, “Susica Camp”, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, n.º. IT-94-2, 20 de octubre de 1995, en <http://www.un.org/icty/nikolic/trialc/order-e/951020.pdf>, párr. 24; así como la calificación hecha por el TPIRW en el *caso Prosecutor v. Jean Kambanda*, sentencia de 4 de septiembre de 1996, n.º. ICTR-97-23-S, en <http://www.icttr.org/default.htm>, párr. 40.

³¹³ Además de lo ya recogido, AMBOS, K.: “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K. (coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional...*, *op. cit.*; BANTEKAS, I.: “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 3, 1999; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios 4,5 y 6 al artículo 6 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; KITTICHAISAREE, K.: *International...*, *op. cit.*, págs. 251-257; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales...”, *op. cit.*, págs. 143-148; VAN SLIEDREGT, E.: *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2003, págs. 118-222; WOMACK, B.: “The Development and Recent Applications of the Doctrine of Command Responsibility: With Particular Reference to the *Mens Rea* Requirement”, en YEE, S (ed.): *International Crime and Punishment*, University Press of America, Nueva York, 2003.

³¹⁴ Véase, artículo 7 de los Estatutos del TMI de Nuremberg y Tokio; artículo 4 de la Ley n.º. 10 del Consejo de Control Aliado; principio III de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg; artículo 7 del Estatuto del TPIYUG y 6 del Estatuto del TPIRW; artículo 27 del Estatuto de la CPI, que pese a lo tajante de su contenido, en mi opinión, ha de ser leído en relación con lo previsto en el artículo 98.

determinadas concepciones de la inmunidad de jurisdicción penal de sujetos como los Jefes de Estados, Jefes de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores o los agentes diplomáticos y consulares. Al mismo tiempo, todos los instrumentos citados confirman que cuando se está ante crímenes de derecho internacional cometidos por subordinados, el hecho de que éstos actúen en cumplimiento de órdenes no podrá ser considerado en ningún caso como una circunstancia que les exima de su responsabilidad, y sólo bajo determinadas condiciones podrá tenerse en cuenta como atenuante de la pena³¹⁵. Para algunos autores, además, esta consideración pertenece al derecho internacional consuetudinario³¹⁶.

Sin embargo, la tendencia señalada pareciera quebrarse con el Estatuto de la CPI, cuyo artículo 33 dispone que:

*“1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifestamente ilícitas.”*

No es éste el momento de realizar una crítica al contenido de este artículo³¹⁷, pero al margen de la valoración que el mismo merezca, lo que es indudable es que respecto de los crímenes contra la humanidad y el genocidio la alegación del seguimiento de órdenes nunca podrá considerarse como una eximente; conclusión que ha de ser idéntica, en lo que aquí interesa, tanto para el crimen de tortura como para el de desaparición forzosa de personas, si se atiende al artículo 2.3 de la CCT, 4 de la CICT, así como al artículo 8 de la CIDFP.

1. c) La exigencia de un comportamiento culpable.

Otro de los elementos enunciados en la definición que se presentó de la responsabilidad internacional del individuo, y que sirvió, adicionalmente, para distinguir a ésta de la responsabilidad internacional del Estado, fue la exigencia de un

³¹⁵ Sobre este particular, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios 5 y 6 al artículo 5 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; SUNGA, L. S.: *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, págs. 56-57.

³¹⁶ Así por ejemplo, Gaeta, precisamente en relación con los crímenes de guerra, concluye que: *“Is it then possible to contend that there exists communis opinio among states to the effect that superior orders can never be a defence in case of war crimes? Given the various evidentiary elements adduced above, I submit that the answer must be in the affirmative.”* Vid. GAETA, P.: “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, en *EJIL*, vol. 10, n.º. 1, 1999, pág 186.

³¹⁷ Para ello, véanse, GAETA, P.: “The Defence...”, *op. cit.*; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales...”, *op. cit.*, págs. 156-161. En sentido contrario, GARRAWAY, CH.: “Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada”, en *RICR*, N.º. 836, 1999.

comportamiento culpable. Frente a la responsabilidad objetiva propia del campo de la responsabilidad internacional estatal, la necesidad de concurrencia de un elemento subjetivo en los crímenes de derecho internacional aparece como un requisito universalmente reconocido³¹⁸. De esta forma, en una primera formulación meramente teórica habría que señalar que no sólo será preciso que el comportamiento del individuo viole una obligación internacional, sino que será necesario que esa violación comporte cierto grado de intencionalidad.

Lo anterior no es más que un reflejo de un principio fundamental del derecho penal, conocido bajo la locución latina *actus non facit reum nisi mens sit rea* (el acto no hace al acusado, si la mente no es acusada), según el cual, el delito no supone sólo el cumplimiento de un acto material (*actus*) sino también una implicación subjetiva (*mens rea*). Ahora bien, en el ámbito estricto de los crímenes de derecho internacional objeto de este trabajo conviene hacer algunas matizaciones a esta formulación general.

De inicio hay que advertir acerca de la existencia de cierta problemática sobre la delimitación de los concretos tipos subjetivos relevantes en los crímenes de derecho internacional³¹⁹, así como, en particular, sobre la concurrencia de diferentes exigencias para cada una de las formas de autoría y participación recogidas en el apartado anterior³²⁰, sin olvidar que es posible identificar algunas deficiencias en las denominadas como “causas de inculpabilidad o exculpación”³²¹; circunstancias todas ellas que complican notablemente el estudio de esta materia.

³¹⁸ En este sentido, FRANCISCO FRANCISCO, M. I.: *Aspects of Implementing the Culpability Principle both under International and National Law*, Wolf Legal Publishers, Países Bajos, 2003, págs. 38-39. Para una visión crítica sobre el desarrollo histórico de este concepto, véase AVINOR, S.: “The fallacy of the conventional theory on the historical development of the concept of criminal liability”, en *CLF*, vol. 15, núm. 4, 2004.

³¹⁹ Esencialmente, a mi entender, la polémica se centra sobre el conocido como dolo eventual, esto es, los casos en que el autor no busca la realización del crimen pero advierte como posible que su actuación dará lugar al mismo. Así por ejemplo, sobre la base de lo previsto en el artículo 30 del Estatuto de la CPI existen opiniones claramente divergentes: Mientras que autores como Rodríguez Villasante, Bueno Arús o Wladimiroff consideran que el dolo eventual se encuentra entre las circunstancias que concurren en el artículo 30.2 (cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Un estudio...”, *op. cit.*, págs. 142-143; BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pág. 125; WLADIMIROFF, M.: “The individual within international law”, en THAKUR, R. y MALCONTENT, P.: *From Sovereign Impunity to International Accountability. The Search for Justice in a World of States*, United Nations University Press, Nueva York, 2004, pág. 108), otros expertos como Ambos mantienen que en este caso no se cumpliría la exigencia de que el responsable sea consciente del resultado o consecuencia que tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos (cfr. AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional...*, *op. cit.*, pág. 133). A todo lo expuesto, quizá como auténtico telón de fondo, cabría añadir la más que polémica distinción entre el mismo concepto de dolo eventual y el de culpa consciente.

³²⁰ A este respecto, *caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º ICTR-96-4-T, en <http://www.ictor.org/default.htm>, párrs. 471-491. Consúltese también, ESER, A.: “Mental Elements-Mistake of Fact and Mistake of Law”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*, vol. 1, págs. 898-934; KITTICHAISAREE, K.: *International...*, *op. cit.*, págs. 236-250.

³²¹ Siempre sobre la base de lo dispuesto en el Estatuto de la CPI, sobre esta cuestión BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas...”, *op. cit.*, págs. 126-127; ESER, A.: “Mental...”, *op. cit.*, vol. 1, págs. 889-946; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales...”, *op. cit.*, págs. 150-162.

La ausencia de un Código Penal Internacional —especialmente de una “parte general” de ese necesitado Código—, como ya se señaló, explicaría muchas de estas dificultades; y es que además la única mención que se realiza en el sectorial Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se refiere a la exigencia de que el particular “*haya cometido intencionadamente tal crimen*”³²², lo que, aclara la CDI, quiere significar que aunque la palabra cometer generalmente es usada para referirse a un elemento intencional más allá de la mera negligencia, se escogió la expresión referida para subrayar el necesario elemento intencional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad³²³.

Esta exigencia general encuentra un desarrollo más detallado en el ya mencionado artículo 30 del Estatuto de la CPI³²⁴, a tenor del cual:

“Elemento de intencionalidad.

- 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*
- 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.*
- 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”*

La exigencia de la intención así configurada como elemento imprescindible para la responsabilización por un crimen de derecho internacional se conforma entonces como una regla general que, no obstante, encuentra una primera excepción en el caso de la responsabilidad del superior; figura en la que ya se vio que se prevé como una de sus posibilidades el hecho de que el superior, o mando, “*hubiera debido saber*” que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, lo que ha de ser interpretado como que la responsabilidad internacional de estos individuos puede activarse bajo la exigencia de un comportamiento gravemente negligente o culposo³²⁵. Por ello, aunque no únicamente como se verá, la redacción del mismo artículo 30 del Estatuto comienza con la formulación “*salvo disposición en contrario*”.

³²² Vid. Artículo 2.3. a) del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

³²³ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 7 al artículo 2 del Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

³²⁴ Sobre el mismo conviene atender al trabajo de PIRAGOFF, D. K.: “Article 30. Mental element”, en TRIFFTERER, O. (ed): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999. Desde una perspectiva más amplia, véase CLARK, R. S.: “The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences”, en *CLF*, vol. 12, n.º. 3, 2001.

³²⁵ En este sentido, es especialmente ilustrativo el caso *Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictt.org/default.htm>, párrs. 488 y 489. En la doctrina, BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas...”, *op. cit.*, pág. 126; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales...”, *op. cit.*, págs. 143-148. Nótese que para autores como Ambos “no estamos tratando con cualquier negligencia (...) sino con una modalidad de la negligencia que desde el punto de vista formativo, puede ser puesta en pie de

Con todo, la propia previsión de un régimen general sobre los crímenes tratados en este estudio ha sido criticada tanto por lo dispuesto en el Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad³²⁶, como por lo establecido por el Estatuto de la CPI³²⁷; y es que la configuración jurídica de los crímenes que aquí ocupan hace patente la existencia de unos requisitos específicos en cuanto al elemento intencional, requisitos que para algunos autores pueden llevar a una confusión o duplicidad con lo que se disponga (o dispusiera) con carácter general³²⁸.

Si esta crítica es quizás atendible en relación con el particular que comete el crimen, y con mayores reservas respecto a los requisitos previstos para otras formas de autoría o participación, lo cierto es que, desde mi punto de vista, la misma sería difícilmente acomodable con una lectura estricta de las disposiciones relativas a los crímenes de guerra. A este respecto, no cabe duda de que para el crimen de genocidio se requiere la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal; para los crímenes contra la humanidad se exige la concurrencia de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, e incluso la realización de dicho ataque con conocimiento³²⁹; el crimen de tortura, por su parte, se configura considerando la tortura como todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación; y finalmente, en el crimen de desaparición forzada de personas se requiere un claro elemento intencional, en tanto que se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Ahora bien, esta exigencia de un *dolus specificus* no aparece de forma tan clara en los crímenes de guerra considerados globalmente.

igualdad con el intento doloso, esto es, una negligencia tan grave que esté a nivel del dolo.” Vid. AMBOS, K.: “La responsabilidad...”, op. cit., pág. 216; puede consultarse toda la argumentación en las páginas 214-225.

³²⁶ Cfr. ALLAIN, J. y JONES, J. R. W. D.: “A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, en *EJIL*, vol. 8, n.º. 1, 1997, págs. 104-105.

³²⁷ Consúltase, por ejemplo, SCHABAS, W. S.: *An Introduction to...*, op. cit., págs. 108-109.

³²⁸ Allain y Jones son probablemente los que presentan una crítica más dura (cfr. ALLAIN, J. y JONES, J. R. W. D.: “A Patchwork...”, op. cit., págs. 104-105). En el otro extremo, autores como Eser, sostienen que ante la diversidad de requisitos intencionales, la no mención de un régimen general podría suponer que cuando no se exigiera nada específico la conclusión sería que “*for certain crimes no special state of mind is required for even mere negligence may suffice. It was felt that the only way to overcome these uncertainties was to come up with a general rule for the mental element.*” Vid. ESER, A.: “Mental...”, op. cit., vol. 1, pág. 894.

³²⁹ Esta formulación, como se recogió, supone en definitiva la necesidad de una línea de conducta que implique la comisión sistemática de múltiples de actos como los mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización; siendo precisamente el carácter de ataque general y sistemático lo que distingue a un crimen contra la humanidad de otros comportamientos criminales. Lo anterior no impide que cada ataque individual realizado en este contexto sea calificado como un crimen contra la humanidad, como ha sostenido el TPIYUG. Cfr. *Caso Prosecutor v. Mile Mršević, Miroslav Radic, and Veselin Sljivancanin, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, n.º. IT-95-13-R61, 3 de abril de 1996, en <http://www.un.org/icty/transe13/960403it.htm>, pág. 510, párr. 30.

Existen menciones concretas a la necesidad de “intencionalidad”, o a los ataques “deliberados”, en los artículo 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II, 130 del III y 147 del IV, así como en el artículo 11 del Protocolo Adicional I³³⁰, pero sólo este último instrumento prevé un cierto régimen general para algunas infracciones graves, al señalar en su artículo 85.3 que:

“Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud...”

El examen de las disposiciones del Estatuto de la CPI, y muy especialmente de los Elementos de los Crímenes³³¹, muestran una situación similar, aunque más compleja; a tal efecto, mientras que para algunos artículos/crímenes se expresa la necesidad concreta de intencionalidad³³², para otros se reconoce la posibilidad de comisión de ciertos comportamientos criminales bajo la fórmula de que “*debiera haber sabido*”³³³; existiendo un grupo final de crímenes en los que aparentemente no está claro si la intencionalidad es o no necesaria³³⁴.

Esta falta de disposición específica parece salvarse con lo previsto en la Introducción a los Elementos de los Crímenes, en la que se dispone que a falta de una mención particular respecto a un elemento de intencionalidad será de aplicación el régimen establecido en el artículo 30 del Estatuto; lo que en opinión de autores como Clark ha de interpretarse como un posicionamiento general en contra de la responsabilización basada en comportamientos negligentes, imprudentes o, incluso, del dolo eventual³³⁵. Esta opinión, no obstante, debe compatibilizarse con las disposiciones específicas en sentido contrario, esto es, con la aparente posibilidad de que al menos para una limitada categoría de crímenes de guerra, la negligencia grave (*culpa gravis*) puede ser suficiente³³⁶. De este modo, el resultado de todo lo anterior sería que salvo en

³³⁰ El Protocolo Adicional II, dentro de sus propias limitaciones, tan sólo prevé algunos requisitos de intencionalidad particulares, como en el artículo 13.2.

³³¹ “Elementos de los Crímenes”, adoptados en la V Sesión de la Comisión Preparatoria para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 30 de junio de 2000.

³³² Véanse, por ejemplo, los elementos de los crímenes contenidos en los artículos 8.2.a) viii), 8.2.b) i), ii), iii), vii)-1, ix), xi), xiv), xvi), xxv), 8.2.c) iii), o 8.2.e) i), ii), iii), iv), v).

³³³ Véanse artículos 8 2) b) vii)-1, 8 2) b) vii)-2, 8 2) b) vii)-4, 8 2) b) xxvi), y 8 2) e) vii).

³³⁴ A modo de ejemplo, en relación con el uso de determinadas armas, se ha advertido que: “*el artículo 8, párrafo 2(b)(ix), estipula que es una violación grave emplear “balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no cubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.” Pocos soldados rasos son expertos en los efectos lesionadores de los diferentes tipo de munición y pocos podrían probablemente identificar las balas a las que se aplicaría esta prohibición. Actualmente no es claro si para este delito se requiere el elemento de intencionalidad. Vid. GARRAWAY, CH.: “Las órdenes...”, op. cit., pág. 793.*

³³⁵ Cfr. CLARK, R. S.: “Rethinking Agression as a Crime and Formulating its Elements: The Final Cork-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, en *Leiden Journal of International Law*, núm. 15, 2002, pág. 866.

³³⁶ En este sentido, CASSESE, A.: *International...*, op. cit., pág. 8, 159-178; WERLE, G. y JESSBERGER, F.: “‘Unless Otherwise Provided’: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law”, en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005, pág. 55.

los casos en que se dispone un régimen particular³³⁷, cabría argumentar que en los crímenes de guerra se requerirá tanto intención como conocimiento.

El panorama, por tanto, es ciertamente complejo cuando no confuso, aunque lo que parece evidente a los efectos de este trabajo es que, en relación con el elemento subjetivo de los crímenes de derecho internacional: 1) Como régimen general se prevé que en todos ellos debe existir un comportamiento doloso del particular. 2) Como régimen especial, determinados crímenes y/o comportamientos requieren un *dolus specificus* para su realización. 3) En ciertos casos excepcionales parece poder sostenerse que la responsabilidad internacional del individuo puede activarse por una acción u omisión gravemente negligente o culposa.

1. d) Responsabilidad penal y responsabilidad civil internacional del individuo.

Como se señaló, las consecuencias derivadas de la comisión de un crimen de derecho internacional son principalmente de índole penal. Sin embargo, también se ha apuntado la existencia de ciertos desarrollos en la exigencia de una suerte de responsabilidad civil internacional, cuya relevancia e implicaciones justifican que se les dedique un apartado en este trabajo.

Conviene comenzar recordando que es una máxima del derecho penal que todo delito, además de producir lo que se conoce como un daño social, puede ocasionar también un daño privado o la lesión de intereses individuales que, como tales, son susceptibles de reparación. Esta noción teórica se encuentra recogida en los distintos Códigos Penales bajo la prescripción, por escoger el Código español, de que *“la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”*³³⁸, o dicho de otro modo: *“toda*

³³⁷ Sobre esta cuestión, Clark no obstante sostiene, sobre la base de su experiencia en las negociaciones, que lo dispuesto en el artículo 30 puede ser interpretado de dos formas: *“More might be required as to a material element, for example some kind of specific intent, or less –negligence or strict liability. The “unless otherwise provided” clause of article 30 might be met in different ways. Another result might be compelled by the language of the Statute; or another result might be based on the general law, and in particular applicable treaties, customary law and general principles of law. (...) In deciding whether recourse was open to the general law, especially in the “less” cases, some weight had to be given to the drafting history of the Statute which, at the very least, demonstrated a widespread disposition to avoid responsibility based on either negligence or recklessness. Some participants thought that to be an absolute, that such liability was banished, unless based on clear Statute language. Others, while perhaps conceding that the occasions for recklessness or negligence liability would be spare, were prepared to go down that road if there was some colourable support in the case law for doing so, and even on occasions where that seemed to be a last resort way out of an impasse...”*; siendo su conclusión final que en líneas generales *“the participants groped towards a general agreement that negligence and recklessness were not normally sufficient levels of culpability for “the most serious crimes of concern to the international community”.”* Vid. CLARK, R. S.: “The Mental...”, *op. cit.*, págs. 321 y 334.

³³⁸ Vid. artículo 109 del Código Penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, versión según la última reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de 2004.

*persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*³³⁹.

La naturaleza de los bienes jurídicos individuales³⁴⁰ violentados en los crímenes de derecho internacional justifica, sin duda, el surgimiento de esta responsabilidad civil, que consecuentemente aparece recogida, con diversa formulación, en varios textos internacionales.

En esta línea, la CCT dispone:

“1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

*2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales*³⁴¹.

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas expresamente se prevé que:

*“Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional”*³⁴².

Por su parte, y en relación con los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* no contienen disposición alguna sobre la responsabilidad civil de los autores de estos crímenes, más allá de lo relativo a la restitución de bienes³⁴³; si bien, en la Regla 106 -de texto común para

³³⁹ Vid. artículo 116 del Código Penal español.

³⁴⁰ Sobre esta cuestión, véase apartado siguiente.

³⁴¹ Vid. artículo 14 de la CCT. La negrita es mía. Para la CICT, véase artículo 9. Sobre los posibles significados atribuibles a esta obligación estatal resulta interesante la lectura del trabajo de BYRNES, A.: “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, en SCOTT, C. (ed.): *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

³⁴² Vid. artículo 5 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. La reciente “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” es mucho más explícita en lo relativo a la reparación tal y como se prevé en el artículo 24, aunque no menciona expresamente la responsabilidad civil de los culpables. La CIDFP, sin embargo, no contiene una disposiciones análogas; ausencia motivada, a mi entender, por la naturaleza y dificultades dimanantes de este instrumento en su ámbito geográfico de aplicación.

³⁴³ Véanse artículo 24 del Estatuto del TPIYUG, y el 23 del Estatuto del TPIRW. Sobre este particular debe tenerse en cuenta que, por ejemplo en relación con el TPIYUG, en el párrafo 7 de la Resolución 827 del CS se afirmaba que “*The work of the International Tribunal shall be carried out without prejudice to the right of the victims to seek, through appropriate means, compensation for damages incurred as a result of violations of international humanitarian law*”, expresión que según Scharf escondía la intención de crear una Comisión que bajo el auspicio de las Naciones Unidas tuviera como objetivo la reparación de la víctimas de los crímenes de derecho internacional bajo la competencia del Tribunal. Sin embargo, las medidas tomadas por el mismo CS en su Resolución 1074 (1995) acabaron por hacer inviable esa posibilidad al descongelarse los activos que pretendían destinarse a ese fin. Cfr. SCHARF, M. P.: *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Tribunal Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham, 1997, en especial págs. 61-62.

ambos Tribunales- de las ya referidas Reglas de Procedimiento y Prueba, sí aparecen previsiones relevantes:

“Rule 106. Compensation to Victims.

(A) The Registrar shall transmit to the competent authorities of the States concerned the judgement finding the accused guilty of a crime which has caused injury to a victim.

(B) Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through the victim may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation.

(C) For the purposes of a claim made under paragraph (B) the judgement of the Tribunal shall be final and binding as to the criminal responsibility of the convicted person for such injury.”

Frente a esta suerte de régimen de responsabilización indirecta o derivada, el Estatuto de la CPI presenta un sistema más completo y directo de exigencia de responsabilidad civil; ya que en base a su artículo 75³⁴⁴:

“1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.”

Pese a las obvias diferencias entre estas previsiones, todas ellas presentan como rasgo común la caracterización de la responsabilidad civil como una consecuencia de la responsabilidad penal internacional. De este modo, cabría concluir que la consecuencia principal de la comisión de un crimen de derecho internacional es la responsabilización penal de sus autores; responsabilidad a la que acompañará, en su momento y caso, la responsabilidad civil, ya sea en forma de reparación, restitución, indemnización y/o rehabilitación.

Ahora bien, los textos citados muestran una clara referencia al derecho estatal en este campo. Tanto respecto a la obligación de adaptar su legislación a las exigencias referidas, como a la hora de determinar la jurisdicción competente para la reparación de

³⁴⁴ La Sección III.4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba desarrollan lo dispuesto en este artículo.

las víctimas, el derecho interno juega sin duda un papel esencial en esta materia. Desde esta perspectiva, lo anterior puede interpretarse de dos formas distintas:

En primer lugar, cabría sostener que toda sanción por parte de los tribunales internos de cualquiera de los crímenes de derecho internacional objeto de este estudio conllevará la responsabilidad civil de sus autores. Al margen de las obligaciones derivadas de las previsiones internacionales referidas, esta aseveración habría de fundamentarse en las disposiciones del derecho interno, en donde, como se ha dicho, esta consecuencia se presenta como necesaria; siendo que la mera tipificación en el derecho penal estatal de estos crímenes conllevaría el automático reconocimiento de la responsabilidad civil de sus autores. En consecuencia, desde este primer enfoque no sería correcto hablar de una verdadera responsabilidad internacional civil.

La otra posibilidad de análisis debería dirigirse a casos en que esa legislación interna tuviera como objeto la exigencia no de la responsabilidad civil como consecuencia de la penal, sino exclusivamente de la responsabilidad civil de aquéllos que cometen un crimen de derecho internacional. A este respecto, conviene señalar que en base a lo dispuesto en la Regla 106 (B) común a las Reglas de Procedimiento y Prueba de los dos Tribunales *ad hoc*, algunos autores han entendido que la mención a la “*relevant national legislation*” ha de ser interpretada no como una simple referencia a la legislación vigente en este sentido, sino como una obligación para los Estados de adoptar en su derecho interno normas que permitan la exigencia de responsabilidad civil a los sujetos condenados por los Tribunales *ad hoc*³⁴⁵; en tanto que lo contrario podría suponer la paradoja de que las víctimas de un condenado por cualquier Estado sobre la base de la jurisdicción universal tendrían más posibilidades de obtener una reparación, en sentido amplio, que si ese mismo sujeto fuese juzgado y condenado por alguno de los Tribunales penales *ad hoc*.

Aun aceptando esta línea argumental, y consecuentemente el hecho de que los órganos nacionales tan sólo exijan, en su caso, responsabilidad civil, en última instancia se estaría ante un nuevo supuesto de responsabilización civil como consecuencia de la responsabilidad internacional penal, con lo que como ocurre con la primera interpretación referida, esta posibilidad no sería representativa a los efectos de este apartado.

Habría entonces que considerar otro tipo de disposiciones legales que sobre la base de lo previsto en el derecho internacional establecieran la posibilidad de exigir autónomamente la responsabilidad civil de cualquier persona acusada de crímenes de derecho internacional. Desde esta estricta perspectiva, la mención obligada serían la conocida como *Alien Tort Claims Act* (ATCA)³⁴⁶ de 1789, según la cual: “*The district*

³⁴⁵ Sobre la base de lo dispuesto para el TPIYUG sostienen Bassiouni y Manikas: “Rule 106(B) appears to anticipate that states will enact enabling legislation pursuant to their obligations under Chapter VII of the UN Charter and Article 29 of the Statute. Similarly, 106 (C) appears to refer to a state’s obligations under Article 29 to “comply without undue delay with any... order issued by the Trial Chamber”. If states do not comply with their obligations, this Rule remains without effect.” Vid. BASSIOUNI, M. C. y MANIKAS, P.: *The Law of the... op. cit.*, pág. 704. Complementariamente, ha de recordarse el tenor del párrafo 4 de la Resolución 827 (1993) del CS.

³⁴⁶ Adoptada en 1798 como sección 1350 de la *Judiciary Act*.

courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”, y la más restringida, Torture Victim Protection Act (TVPA)³⁴⁷ de 1991, que se define como: “An Act to carry out obligations of the United States under the United Nations Charter and other international agreements pertaining to the protection of human rights by establishing a civil action for recovery of damages from an individual who engages in torture or extrajudicial killing.”

Si en la TVPA se regulan exclusivamente las acciones civiles contra actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, la ATCA tenía originalmente por objeto permitir que las personas que no eran ciudadanos de los Estados Unidos de América pudiesen recuperar en los tribunales de aquel país los bienes perdidos como consecuencia de la piratería. Desde este objetivo inicial, la decisión de la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito, de 30 de junio de 1980, en el caso *Filártiga v. Peña-Irala*³⁴⁸ amplió su ámbito de aplicación a otras violaciones “*of the law of nations*”³⁴⁹; alcanzando, en lo que aquí interesa, a los casos de tortura. Sobre esta base se terminó condenando al Inspector General de la Policía de Asunción, Peña Irala, a pagar la cantidad de diez millones trescientos ochenta y cinco mil trescientos sesenta y cuatro dólares en concepto de responsabilidad civil por daños tanto punitivos como compensatorios por las torturas perpetradas contra Joselito Filártiga, hermano de la demandante³⁵⁰.

En esta ocasión, concluyó la Corte:

“In the modern age, humanitarian and practical considerations have combined to lead the nations of the world to recognize that respect for fundamental human rights is in their individual and collective interest. Among the rights universally proclaimed by all nations, as we have noted, is the right to be free of physical torture. Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him hostis humani generis, an enemy of all mankind. Our holding today, giving effect to a jurisdictional provision enacted by our First Congress, is a small but important step in the fulfillment of the ageless dream to free all people from brutal violence”³⁵¹.

Lo sostenido en esta sentencia jugaría un importante papel en el encendido debate que años después acompañaría a la elaboración, y firma del presidente Bush

³⁴⁷ Puede encontrarse una versión electrónica en <http://www.derechos.org/nizkor/econ/TVPA.html>.

³⁴⁸ Cfr. *Caso Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 79-6090, 30 de junio de 1980 (puede consultarse una versión electrónica de la sentencia en [http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d 876.html](http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d%20876.html)).

³⁴⁹ Sobre este particular, es interesante, BRADLEY A., C.: “The Alien Tort Statute and Article III”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002; COLLINS G., M.: “The Diversity Theory of the Alien Tort Statute”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002; DODGE, S. W.: “The Constitutionality of the Alien Tort Statute: Some observations on Text and Context”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002; YOUNG A., E.: “Sorting Out the Debate Over Customary International Law”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002, en especial págs. 378 y ss.

³⁵⁰ Cfr. *Caso Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, United States District Court for the Eastern District of New York, No. 79-CV-917, 10 de enero de 1984 (puede consultarse una versión electrónica de la sentencia en <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-577F5upp860.html>).

³⁵¹ *Vid. Caso Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 79-6090, 30 de junio de 1980, último párrafo.

(padre), de la TVPA³⁵²; siendo que, a la postre, junto a ampliar el ámbito personal de aplicación de este tipo de figura legal, esta norma habría de valorarse como un intento de explicitar un régimen aplicable a supuestos, por lo demás, ya incluidos en la más comprehensiva ACTA³⁵³.

En todo caso, dejando ahora al margen las diferencias entre ambas disposiciones³⁵⁴, lo que ha de destacarse es que desde entonces varias causas más han sido presentadas ante las cortes estadounidenses en virtud a lo dispuesto en estas leyes, obteniendo en algunas de ellas sentencias condenatorias que han seguido el camino abierto por el caso *Filártiga*. Varios de estos procesos, además, respondieron a casos derivados de las situaciones que serán examinadas en este trabajo, en relación con lo acaecido en países como Chile, Argentina, Guatemala y El Salvador³⁵⁵.

Esta realidad ha permitido afirmar a autores como Murphy que no existe ninguna dificultad específica para llevar a la justicia a responsables de crímenes de derecho internacional en los Estados Unidos de América³⁵⁶, aunque, eso sí, para exigirles responsabilidades de orden civil.

Ahondando en esta idea, resulta preciso llamar la atención sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso *Sosa v. Álvarez-Machain*³⁵⁷, ocasión en la que este tribunal terminó por hacer suyas argumentaciones judiciales anteriores, en el sentido de reconocer que los tribunales federales gozan de jurisdicción para conocer en primera instancia de casos derivados de violaciones de “la

³⁵² Las divisiones formales giraron en torno a la consideración de la TVPA como un paso esencial en la implementación de la CCT, y en la erradicación de la tortura, como sostenía el Informe del Senado de los Estados Unidos, y una posición similar a la que hoy esgrime respecto de la CPI la administración Bush hijo por parte de la entonces administración Bush padre. Para más datos, STEPHENS, B. y RATNER, M.: *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996, págs. 25-29.

³⁵³ Véase sobre esta cuestión, CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación...*, *op. cit.*, pág. 325, así como el completo trabajo de JOSEPH, S.: *Corporation and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, en especial pág. 61.

³⁵⁴ A grandes rasgos, la diferencia entre ambas normas se refiere a la existencia de limitaciones explícitas (temporales y procesales) en la TVPA que no existen en la ATCA. En una visión, puede verse HUFBAUER, G. C. y MITROKOSTAS, N. K.: *Awaking Moser: The Alien Tort Statute of 1789*, Insitute for International Economics, Washigton DC, 2003, en especial págs. 55-56, donde precisamente se aboga por la reforma de la ACTA para incluir esas limitaciones.

³⁵⁵ Puede consultarse un listado de estas causas, así como la documentación relativa a ellas, en <http://www.cja.org/cases/cases.shtml>. De entre todas ellas, merece especial atención el caso en el que se condenó a dos Generales salvadoreños bajo el principio de la “responsabilidad del superior” por las torturas generalizadas y las ejecuciones extrajudiciales cometidas en contra de civiles por sus tropas durante el periodo comprendido entre 1979 y 1983. Puede consultarse el veredicto en *caso Juan Romagoza Arce v. Jose Guillermo García and Carlos Eugenio Vides Casanova*, United States District Court Southern District of Florida, No. 99-8364 CIV-HURLEY, 23 de julio de 2002.

³⁵⁶ Cfr. MURPHY, J. F.: “Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, Primavera de 1999, pág. 28. Cuestión distinta es, como señala este mismo autor, la posibilidad de ejecutar esa sentencia; acción especialmente dificultosa si el condenado no tiene bienes en el territorio de los Estados Unidos de América.

³⁵⁷ Cfr. *Caso Jose Francisco Sosa v. Humberto Álvarez Machain et. al.*, Supreme Court of the United Status, No. 03-339 y *United States v. Humberto Álvarez Machain et. al.*, No. 03-485, 29 de junio de 2004 (puede consultarse una versión electrónica de la sentencia en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>).

ley de las naciones” que sean “*specific, universal and obligatory*”³⁵⁸. En su argumentación, el mismo Tribunal Supremo recorrió el camino de un conjunto de sentencias de instancias menores que habían declarado que la tortura, las ejecuciones sumarias, el genocidio, los crímenes de guerra, la violación, el trabajo forzado, la esclavitud, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada de personas, los tratos crueles inhumanos y degradantes, el exilio forzado, la detención y arresto arbitrarios, los crímenes contra la humanidad, la discriminación racial, el secuestro de aeronaves, la contaminación masiva, y las violaciones a los derechos de asociación, opinión y libertad de expresión eran susceptibles de demanda civil bajo el amparo de las leyes citadas³⁵⁹.

Con todo, a los efectos de este trabajo, tras la decisión reseñada los requisitos para afirmar la competencia de los tribunales estadounidenses para entender de reclamaciones civiles, podrían resumirse en dos consideraciones: 1) En casos de torturas, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada de personas, detención arbitraria y prolongada, crímenes contra la humanidad, y tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁶⁰ los acusados deben haber actuado en calidad de órganos del Estados. 2) Sin esta exigencia, la denuncia es posible sólo para crímenes de guerra, genocidio y esclavitud.

Estas actuaciones se basan, a la postre, en una concepción derivada del *common law* que permite ejercer una suerte de jurisdicción universal³⁶¹ para exigir tanto responsabilidad extracontractual como daños punitivos y compensatorios por la comisión de determinados crímenes de derecho internacional; posibilidad que ha sido valorada, por autores como Cassese, y a pesar de las limitaciones propias de su carácter civil, como un medio a través del cual los tribunales de los Estados Unidos pueden llenar el vacío existente tanto en el nivel nacional como el internacional, actuando en nombre de la Comunidad Internacional para reivindicar derechos intrínsecos a la dignidad humana³⁶².

En definitiva, si bien todo el devenir del proceso está regido por el derecho interno estadounidense, no cabe duda de que su *fuentes primera* se encuentra en la violación de obligaciones internacionales, pudiendo considerarse desde esta perspectiva como el más representativo supuesto de exigencia de responsabilidad civil internacional en el sentido aquí manejado. Supuesto, además, cuyas implicaciones en los períodos

³⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, en especial pág. 38. Sobre esta cuestión, véanse las opiniones encontradas de HUFBAUER, G. C. y MITROKOSTAS, N. K.: *Awaking Moser...*, *op. cit.*, págs. 7-9, 55-56, y JOSEPH, S.: *Corporation ...*, *op. cit.*, págs. 22-33. Una posición más neutra, aunque menos actualizada, puede hallarse en STEPHENS, B. y RATNER, M.: *International...*, *op. cit.*, págs. 49-58.

³⁵⁹ Para más datos, JOSEPH, S.: *Corporation...*, *op. cit.*, págs. 26-28; STEPHENS, B. y RATNER, M.: *International...*, *op. cit.*, págs. 63-94.

³⁶⁰ En estos casos, se exige que los actos pudieran considerarse como inconstitucionales si hubiesen sido cometidos en el territorio de los Estados Unidos de América.

³⁶¹ El mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América afirmó en el ya mencionado caso *Sosa v. Álvarez-Machín* que “*universal criminal jurisdiction necessarily contemplates a significant degree of civil tort recovery as well*”. Sobre este particular, puede consultarse el trabajo de LEE BOYD, K.: “Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness”, en *Texas International Law Journal*, vol. 40, núm. 1, 2004.

³⁶² Cfr. CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, pág. 8.

históricos analizados en este trabajo no debe minusvalorarse, lo que justificará algunas referencias posteriores; y es que, como bien han indicado Ratner y Abrams: “*While civil suits do not lead to the same degree of accountability as a criminal process, they do offer a way of seeking justice and represent one form of authoritative adjudication of legal issues relating to human rights violations. Even if defendants flee the jurisdiction, such suits still bring attention to past atrocities, provide victims with a forum to present their claims, and deprive the defendants of foreign refuge in the countries where the cases are brought. Moreover, obtaining a judgment against the defendant affords the plaintiff an opportunity to pursue any of the defendant’s assets uncovered in jurisdictions willing to enforce the judgment*”³⁶³.

2) *Fundamento de la responsabilidad internacional del individuo.*

Siendo el derecho internacional un ordenamiento jurídico que en esencia regula el comportamiento de los Estados, como sujetos titulares de todos los derechos y deberes internacionales³⁶⁴, la vinculación directa del particular al mismo debe entenderse en clave de excepcionalidad. En los apartados anteriores se analizó el desarrollo histórico que ha permitido trasladar ciertos comportamientos del individuo a la esfera internacional, siendo éste el momento de profundizar en el fundamento último de todo este proceso; en el porqué de esta irrupción.

Inicialmente, es posible responder a esta cuestión afirmando que la responsabilidad internacional del individuo se ve comprometida en aquellos casos en que el derecho internacional así lo establece. Desde una perspectiva meramente convencional, lo anterior sería tanto como afirmar que el fundamento de la responsabilidad internacional individual se encuentra en el consenso estatal plasmado en una norma de este sector del ordenamiento jurídico; lo que, siendo cierto, llevaría en última instancia a una suerte de tautología según la cual las acciones que comprometen la responsabilidad internacional del particular son aquellos comportamientos que una norma jurídica internacional establece como generadores de la misma.

Podría ampliarse este enfoque a través de un listado de aquellos comportamientos de los que se deriva la responsabilidad internacional del individuo, obteniendo de tal modo una respuesta más completa pero que no pasaría de lo descriptivo; no consiguiendo, por tanto, resolver satisfactoriamente la cuestión planteada.

Si entonces se reenfoca la cuestión al verdadero fundamento último de la responsabilidad internacional individual, o lo que es lo mismo, a por qué se ha entendido que determinadas acciones deben comprometer directamente la

³⁶³ Vid. RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability...*, *op. cit.*, pág. 211.

³⁶⁴ Cfr. *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1949, en especial págs. 179-180. Para más datos, recuérdese lo expuesto en el capítulo introductorio.

responsabilidad internacional de sus autores, podrá observarse que la respuesta a este interrogante es de gran relevancia para el desarrollo de este trabajo

El análisis de los puntuales momentos históricos que se han presentado como catalizadores del proceso evolutivo de la responsabilidad internacional del particular podría llevar a resolver esta cuestión a través del argumento de necesidad. De este modo, se entendería que lo que ha fundamentado, y fundamenta, la consideración de que ciertos actos del particular han de tener trascendencia internacional a efectos de comprometer su responsabilidad es que la misma se presenta como necesaria para su persecución o sanción. Esta línea argumental puede sustentarse, además, en las abundantes afirmaciones ya recogidas sobre el deseo y la necesidad de acabar con la impunidad de los autores de estos crímenes; serie de enunciados de entre los que cabe rescatar la mención del Preámbulo del Estatuto de la CPI:

*“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,
Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...”*

Ahora bien, en una formulación general, esto es, en relación con lo que anteriormente se ha recogido bajo el epígrafe de crímenes contra el derecho internacional, esta explicación podría ser satisfactoria, pero, a mi entender, no así con relación con los crímenes de derecho internacional. En este punto hay retomar una distinción esencial apuntada en las páginas anteriores, de tal suerte que dentro de los genéricos crímenes contra el derecho internacional cabría distinguir, como hace el Relator Especial Thiam, entre los crímenes que son por naturaleza internacionales -crímenes de derecho internacional-, y los crímenes que no son internacionales por naturaleza pero que se convierten en internacionales en virtud de las circunstancias en que han sido cometidos -crímenes transnacionales o transfronterizos-³⁶⁵. Como ya se señaló, ciertamente pueden encontrarse diversas clasificaciones sobre los crímenes contra el derecho internacional en la doctrina, si bien, estos dos grandes grupos son prácticamente comunes a todas ellas³⁶⁶.

Es en los crímenes transnacionales o transfronterizos, esto es, crímenes que afectan a los intereses de más de un Estado -como por ejemplo el tráfico de drogas, la falsificación de monedas o los crímenes medioambientales- donde se requiere, por su propia naturaleza, de cooperación internacional para su efectiva persecución. Es más, en este tipo de crímenes su carácter internacional se justifica precisamente por esta necesidad de colaboración entre distintos Estados para su erradicación, que consecuentemente es plasmada en diversas normas internacionales³⁶⁷.

³⁶⁵ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1983, pág. 5.

³⁶⁶ Además de lo ya referido, es interesante la posición de BOISTER, N.: “‘Transnational Criminal Law’?”, en *EJIL*, vol. 14, n.º. 5, 2003.

³⁶⁷ En este sentido, sostiene el Relator Tima: “los medios de comunicación modernos permiten a los malhechores desplazarse fácilmente de un punto a otro del globo y se ayudan en el plano internacional a fin de sustraerse a la justicia. Por

Sin embargo, pese a que se ha sostenido que el argumento de necesidad es también aplicable a los crímenes de derecho internacional, en el entendimiento de que existe ausencia o insuficiencia de represión interna debida a la participación o tolerancia del poder político en el hecho³⁶⁸, desde mi punto de vista esta afirmación confunde el carácter normativo y el jurisdiccional de la responsabilidad internacional del individuo, ya que no es posible formular, en general, que un crimen de derecho internacional genere, aun parcialmente, la responsabilidad internacional de su autor porque el Estado en el que se ha cometido o no quiere o no puede sancionarlo solo. Esto sería predicable, en todo caso, respecto a los modos en que se articulen los mecanismos posteriores que hagan posible el castigo de los responsables, pero no en cuanto al surgimiento del principio como tal. Dicho de otro modo, el hecho de que se establezca, ya una jurisdicción universal, ya un tribunal penal internacional para la sanción de estos crímenes sería, en todo caso, una consecuencia de la naturaleza internacional de los mismos, pero no su fundamento³⁶⁹.

Es importante en este punto no confundir el fundamento y los fines o resultados que el principio de la responsabilidad internacional del individuo busca obtener³⁷⁰. Siendo cierto que la consolidación de este principio responde históricamente, como se ha visto, a intentos de que los criminales más atroces -o algunos de ellos- no quedaran impunes cuando la persecución en o por sus propios Estados era imposible o impensable, fundamentar la responsabilidad internacional individual en este objetivo obligaría a reformular todo el principio, haciendo depender su virtualidad de que el Estado del foro no persiga los crímenes cometidos en su territorio. De este modo, habría que añadirle a la previsión arquetípica en este campo, esto es, que “*toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción*”³⁷¹, la condición de “siempre y cuando el estado territorial no haya iniciado acciones judiciales contra las personas responsables”; o dicho de forma más severa, respecto del genocidio, por ejemplo, sería preciso

*su parte, los gobiernos se han visto obligados a cooperar entre ellos, sobre la base de convenciones internacionales, para castigar a los culpables. Con este motivo, ciertos delitos han pasado al plano internacional”. Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. I, 1983, pág. 5. Algunos autores no sólo convienen en esto, sino que añaden que, como se esbozó, de este tipo de crímenes no debería siquiera derivarse responsabilidad internacional individual. Cfr. GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 45; PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de...”, *op. cit.*, págs. 138-142.*

³⁶⁸ Cfr. GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 43.

³⁶⁹ La jurisdicción universal y algunos aspectos concretos de la CPI serán abordados en detalle en el capítulo siguiente, pero valga considerar que, por ejemplo, una cosa es que la CPI sólo sea competente cuando las jurisdicciones nacionales no puedan o no quieran juzgar a los responsables de los crímenes contenidos en su Estatuto, y otra muy distinta que estos crímenes sean crímenes de derecho internacional precisamente porque los tribunales estatales no quieran o puedan hacerlo. En este orden de ideas, autores como Pigrau Solé escogen como argumento fundamental para sustentar la jurisdicción internacional penal el hecho de que como “*la comisión de tales crímenes suele implicar, en una u otra forma, a los órganos de un Estado, resulta totalmente estéril, como lo demuestra la experiencia, confiar la represión de los mismos al propio Estado*” (vid. PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de...”, *op. cit.*, pág. 151).

³⁷⁰ A este respecto, MAISON, R.: *La responsabilité...*, *op. cit.*, págs. 433-507. Desde una interesante perspectiva teórica, TALLGREN, I.: “The Sensibility and Sense of International Criminal Law”, en *EJIL*, vol. 13, n.º. 3, 2002.

³⁷¹ *Vid.* Principio I de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

reformular la disposición del artículo I del Convenio que proscribe este crimen, incorporando el requisito de que el genocidio será un crimen sólo en los casos en que el Estado donde se cometió no quiera o pueda juzgar a sus autores, con el agravante de que precisamente este Convenio sólo prevé la jurisdicción del Estado territorial (o de un Tribunal Internacional).

Esta posibilidad, reitero, pudiendo en cierto modo sostenerse para el diseño de la aplicación jurisdiccional del principio –o para su diseño ideal-, carece de lógica –y de realidad jurídica- en su dimensión normativa conceptual, además de ser, como se verá, difícilmente conciliable con la titularidad del bien jurídico que se busca tutelar.

En realidad, el fundamento que justifica que un crimen de derecho internacional pueda definirse de este modo, y consecuentemente, que genere la responsabilidad internacional de sus autores, no es otro que el consenso internacional, el pacto social entre Estados por usar una expresión que ha hecho fortuna, acerca de la trascendencia internacional del bien jurídico que se quiere proteger³⁷². En este orden de ideas, el Relator Thiam ya señaló, en relación con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que para que un hecho ilícito internacional se convierta en uno de los crímenes incluidos en el Código no bastaba su suma gravedad, era preciso también que así lo decidiera y acordase la Comunidad Internacional³⁷³. Y es que mal que nos pese en muchas ocasiones, no debe olvidarse que el consentimiento sigue siendo la piedra de clave de todo el derecho internacional.

Desde este punto, ya en precursoras definiciones del concepto de delito de especialistas tan destacados como Jiménez de Asúa, es posible identificar un carácter especial susceptible de translación a la esfera internacional. En una concepción material, el delito era entendido por este autor como una conducta contraria a una norma cultural reconocida por el Estado y lesiva de los bienes jurídicamente protegidos, procedente de un hombre que manifiesta con su agresión peligrosidad social³⁷⁴; sustituyendo la referencia al Estado por la de Comunidad Internacional es posible aproximarse a un enunciado en el que, aun en una época como la actual de revisión de la teoría clásica sobre el concepto de bien jurídico, puede identificarse una característica que va a presentarse como común a todos los crímenes de derecho internacional. Así, para Abellán Honrubia, todos estos crímenes afectan a unos intereses que la práctica internacional, la jurisprudencia, y la doctrina especializada han considerado como intereses fundamentales de la Comunidad Internacional, protegidos, en consecuencia, por el mismo derecho internacional³⁷⁵; o como sostuvo la CDI, el hecho de que los

³⁷² Sobre la posibilidad de considerar otros fundamentos en los principios generales del derecho o las normas generales preexistentes, véase el trabajo de Abellán Honrubia, cuyas conclusiones comparto en este punto. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 193-199.

³⁷³ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Decimotercer informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/466, 24 de marzo de 1995, pág. 4.

³⁷⁴ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 151-152.

³⁷⁵ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 295. Anótese que entre las características que menciona esta autora incluye que en los crímenes de derecho internacional es necesaria la participación de estructuras organizativas propias de un Estado. Como ya se explicó, no comparto esta

órganos del Estado, autores de determinados actos, hayan resultado pasibles de un castigo a título personal por alguno de estos crímenes es sobre todo por una razón: ese hecho, como tal, demuestra indudablemente la importancia excepcional que la Comunidad Internacional atribuye hoy al respeto de determinadas obligaciones³⁷⁶.

Cassese, compartiendo esta opinión, sostiene que los crímenes de derecho internacional requieren la violación de obligaciones que pretenden proteger valores considerados de gran importancia por la Comunidad Internacional, y por tanto vinculante para Estados e individuos³⁷⁷; enunciado que otro experto como Bassiouni concreta afirmando que estos crímenes se definen como aquéllos cuya comisión puede afectar a la paz y seguridad de la humanidad, al tiempo que son contrarios a los valores humanos más fundamentales³⁷⁸. Lo que en última instancia es idéntico a lo afirmado por Vargas Carreño, para quien en los crímenes más graves –“crímenes de los crímenes” los denomina– la ofensa, además de las víctimas, se considera que ha sido hecha a la humanidad en su conjunto, en tanto que la gravedad de la conducta hiere sentimientos universales o podría establecer un precedente en cuanto a su impunidad, que pudiera llegar a constituir una amenaza a la paz y a la seguridad de la humanidad³⁷⁹.

Esta última caracterización permite observar cómo, en conjunción con lo visto, el argumento de necesidad (evitar que se creé un precedente de impunidad) termina siendo redirigido a si el mismo puede entenderse, en última instancia, como una situación que amenace a la paz y la seguridad internacionales; posición que puede ser apoyada si, junto a las afirmaciones ya recogidas del Preámbulo del Estatuto de la CPI, se recuerda que en el mismo se declara que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”³⁸⁰.

En definitiva, desde la perspectiva aquí defendida la relación entre el fundamento de los crímenes de derecho internacional y las posiciones que abogan por la tesis de la necesidad pueden sintetizarse en las siguientes manifestaciones de un órgano de especial importancia para este trabajo, como es la Com.IDH:

“Los crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune.
(...)

consideración, siendo que si bien, generalmente, esto puede ser cierto o necesario a efectos prácticos, no así en cuanto a su configuración jurídica, con las excepciones ya mencionadas.

³⁷⁶ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, primera parte, pág. 35.

³⁷⁷ Cfr. CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, pág. 23.

³⁷⁸ Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*, pág. 34. En sentido similar, aunque con mayor hincapié en la paz y seguridad de la humanidad, PELLA, V.: *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Baconnière, Neuchâtel, 1964, págs. 15-42.

³⁷⁹ Cfr. VARGAS CARREÑO, E.: “El Proyecto...”, *op. cit.*, vol. II, pág. 1524.

³⁸⁰ Véanse, de igual modo, las Resoluciones del CS 808 de 22 de febrero de 1993 y 827 de 25 de mayo de 1993, para la ex-Yugoslavia, o la Resolución 995 de 8 de noviembre de 1994 para Ruanda.

*Dada la gravedad de estos crímenes internacionales (...) los Estados deben cooperar a fin de evitar la impunidad de los perpetradores de estos crímenes*³⁸¹.

En todo caso, conviene reiterar que el propio carácter del derecho internacional obliga a convenir que junto a la trascendencia internacional del bien jurídico, en un plano más o menos teórico, resulta imprescindible que la misma haya sido expresamente aceptada por la voluntad estatal; esto es, que exista un consenso internacional sobre ella. A este respecto, es oportuno recordar, por ejemplo, lo mencionado a propósito de las ausencias en los crímenes contenidos en el Estatuto de la CPI; omisiones que llevan a autores como Pigrau Solé a considerar que: “*sería incomprensible (...) la inmensa paradoja de que, para impedir el uso de armas que causen sufrimientos innecesarios, el Estatuto de Roma considere como crimen de guerra el uso de (...) armas envenenadas, entre otros medios de combate, y no aluda a las armas biológicas, químicas o nucleares. Dicho de otra manera, el bien jurídico parece no merecer protección en sí mismo y en cualquier circunstancia, sino en la medida en que colisione o no con otros intereses militares, políticos o económicos, percibidos por los Estados como prioritarios*”³⁸².

Lo anterior, en todo caso, no impide constatar que cuando se tutela este bien jurídico se está, de igual forma, protegiendo bienes jurídicos individuales (la vida, la integridad física, etc.), pero este hecho no debe llevar a confundir la posición de uno y otro³⁸³.

³⁸¹ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, Resolución N° 1/03, 24 de octubre de 2003, en <http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm>.

³⁸² Vid. PIGRAU SOLÉ, A.: “Hacia un sistema...”, *op. cit.*, pág. 67.

³⁸³ La crítica más severa a la consideración de la amenaza a la paz y la seguridad de la humanidad como bien jurídico protegido en determinados crímenes de derecho internacional posiblemente es la sostenida por Gil Gil, para quien: “... lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional (...). Así, la referencia a la paz y la seguridad de la humanidad en los Proyectos de las Naciones Unidas no hace mención del bien jurídico protegido, sino que se refiere al objeto genérico de la tutela del Derecho penal internacional que estará integrado por los bienes jurídicos concretos protegidos en cada uno de los tipos de los delitos internacionales. Por ello, son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional..., pero también lo son bienes jurídicos individuales cuando son atacados de forma masiva o sistemática por el propio poder político o cuando simplemente ni pueden ser protegidos por el orden estatal. Los bienes jurídicos como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., son bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social” (vid. GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 34-35). Ya se ha disentido de algunas de estas consideraciones anteriormente, pero en mi opinión el punto más difícilmente compartible de la argumentación de esta autora reside en su interpretación de algunas de las características del mismo derecho internacional. Ello le lleva a sostener por ejemplo que “la búsqueda de una relación entre ataques masivos o sistemáticos contra bienes jurídicos individuales y la puesta en peligro de la paz internacional que justifique la internacionalización de la protección de los primeros se ha visto forzada por las limitaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a la intervención internacional (...). Al no existir una autoridad mundial ni una jurisdicción penal universal y permanente, es necesario, para hacer cumplir el Derecho penal internacional, acudir al uso de la fuerza mediante una intervención internacional” (vid. *Ibid.*, pág. 37). Resulta obvio que, cuanto menos, esta afirmación contiene cierta confusión sobre el carácter de las medidas (citadas por la misma autora) tomadas por el CS en relación con la exYugoslavia y Ruanda, a la par de que es muy restrictiva respecto a las posibilidades existentes para lo que esta autora denomina como “hacer cumplir el Derecho penal internacional”. Con todo, el fondo de la crítica que presenta puede ser compartida en el sentido de que bienes como la paz o la seguridad de la humanidad son demasiado amplios o abstractos, y que su expresa mención puede levantar

No obstante lo anterior, pudiera hacerse alguna matización si se atiende, individualmente, a cada uno de los crímenes que se han recogido bajo el rótulo de crímenes de derecho internacional. Nada parece poder objetarse respecto al crimen de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, en los que, en palabras del TPIYUG sobre estos últimos:

*“Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterizes crimes against humanity”*³⁸⁴.

Son estos crímenes, en definitiva, aquéllos en los que, por utilizar una de las inmortales frases de Hannah Arendt sobre el genocidio, a quien se trata de destruir no es al hombre, sino a todos los hombres que habitan este planeta. O dicho de otro modo, el utilizado por Sinclair en el seno de la CDI, lo que caracterizaría a estos crímenes es que “*sublevar la conciencia de la humanidad entera*”³⁸⁵.

Ahora bien, cabe plantearse si la misma aseveración es aplicable a los otros dos crímenes esenciales para este estudio, esto es, la tortura y la desaparición forzada de personas, considerados ambos como crímenes autónomos. La posibilidad de conectar estos comportamientos con la noción de amenaza para la paz y la seguridad resulta cuanto menos problemática, pero no así si donde se pone el acento es en su estrecha relación con lo que antes se recogía bajo el epígrafe de los valores fundamentales de la humanidad; enunciado que aun siendo difícilmente aprehensible pareciera incluir, sin duda alguna, conductas calificadas como “*una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana*”, que “*viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos*”³⁸⁶; o, de otro lado, actuaciones estrictamente prohibidas en instrumentos de la relevancia del artículo 5 de la DUDH o el artículo 7 del PIDCP.

Al mismo tiempo, ha de considerarse la estrecha relación de estos crímenes con las normas de *ius cogens*. A este respecto, por ejemplo, la CDI ha señalado que aunque no se menciona específicamente en el comentario al artículo 53 de la Convención de

ciertas sospechas sobre el deseo del CS de poder intervenir en en determinados casos (de todos modos, no parece tampoco sostenible que sólo pueda hacerlo cuando se cumplan las condiciones que ella misma apunta en estos casos).

³⁸⁴ Vid. *Caso Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, n.º. IT-96-22-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>, párr. 28.

³⁸⁵ Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1983, pág. 15.

³⁸⁶ Vid. Preámbulo de la CIDFP. Véase igualmente, en el ámbito del DIDH, la caracterización de este crimen en *caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4., párrs. 155-158; *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párrs. 157-167; *caso Blake v. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 36, párrs. 62-67.

Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁸⁷, parece ser aceptado generalmente el carácter imperativo de prohibiciones como la de cometer tortura tal como se define en el artículo 1 de la CCT³⁸⁸; opinión compartida por el mismo TPIYUG³⁸⁹. Respecto a la prohibición de la desaparición forzosa de personas, en el seno de la Corte IDH se ha señalado en varias ocasiones su carácter de derecho imperativo³⁹⁰.

De este modo, puede concluirse, como hace Cançado Trindade, que:

*“la prohibición de las prácticas de tortura y trato inhumano, de desaparición forzada de personas (...) es en nuestros días absoluta y universal, pues pertenece al dominio del jus cogens internacional (...) la infracción de dicha prohibición general la responsabilidad internacional agravada del Estado, y la responsabilidad penal internacional de los perpetradores (intelectuales y materiales) de las violaciones”*³⁹¹.

Estas consideraciones, no obstante, se enfrentan a una compleja cuestión como es el carácter de *ius cogens* que se ha atribuido a ciertos crímenes de derecho internacional. El análisis del concepto y las implicaciones del derecho internacional

³⁸⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en BOE de 13 de junio de 1980.

³⁸⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, pág. 306. Véase también, COMITÉ DE DERECHO HUMANOS: “General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 de noviembre de 1994, párr. 10. .

³⁸⁹ Cfr. *Caso Prosecutor v. Furundžija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 153-154. Sin embargo, en mi opinión, el tribunal va después demasiado lejos, o cuanto menos maneja un concepto de *ius cogens* poco ortodoxo, al sostener que “*at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime...*” (Vid. *Ibid.*, párr. 156). No queda claro, en todo caso, si lo que expresa el tribunal es una consecuencia de la lógica que aplica o una realidad jurídica que sostiene, pero a mi entender desde esta segunda perspectiva resulta inadecuado extrapolar, directamente, los efectos de una prohibición interestatal a los mecanismos que se articulen para sancionar esa conducta en plano de la responsabilidad internacional del particular. De igual modo, resulta sorprendente que el tribunal estime como uno de los efectos derivados del carácter imperativo de la tortura que: “*At the inter-state level, it serves to internationally delegitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture...*” (vid. *Ibid.*, párr. 155), cuando esto no sería exclusivamente predicable por el carácter de *ius cogens* de la prohibición, sino porque la misma está establecida en una norma de derecho internacional. En relación con esta segunda cuestión, resulta de interés el trabajo de DE WET, E.: “The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”, en *EJIL*, vol. 15, n°. 1, 2004.

³⁹⁰ Véase, por ejemplo, el voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en el *caso Blake v. Guatemala, Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 27, párr. 11.

³⁹¹ *Vid.*, el voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en el *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 105, párr. 30.

imperativo requeriría sin duda de un estudio que excede del ámbito de este trabajo³⁹², pero resulta oportuno recordar, aun brevemente, que es posible encontrar diversas afirmaciones en la jurisprudencia internacional que subrayan la existencia de derecho imperativo en relación con conductas propias de los crímenes de derecho internacional; así, son mencionados obligados los *asuntos Barcelona Traction*³⁹³, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta*³⁹⁴, *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del genocidio*³⁹⁵, o *Timor oriental*³⁹⁶. De este modo, y a pesar de la notable cautela y evidente ambigüedad de la CIJ en sus opiniones consultivas sobre la *Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*³⁹⁷, y en cierto modo, sobre las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*³⁹⁸, parece ampliamente admitido que la

³⁹² Sobre el *ius cogens*, véanse, entre otros, BASSIOUNI, M. C.: “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”, en *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, N°4, 1996; CASADO RAIGÓN, R.: *Notas sobre el “ius cogens” internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999; CEBADA ROMERO, A.: “Los conceptos...”, *op. cit.*; CORREIRA BAPTISTA, E.: *Ius cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997; DRANS DE CLÉMENT, Z.: “Las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, en DRANS DE CLÉMENT, Z. (coordinador): *Estudios de Derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, t. I, Drans Lerner, Córdoba, 2002; GAJA, G.: “*Ius cogens beyond the Vienna Convention*”, en *R. des C.*, núm. 172, 1981-III; GÓMEZ ROBLEDO, A.: “Le *ius cogens* international: Sa genèse, son ature, ses fonctions”, en *R. des C.*, núm. 172, 1981-III, así como *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las normas imperativas del derecho internacional”, en VV.AA.: *Pacis Artes...*, *op. cit.*; HANNIKAINEN, L.: *Peremptory Norms (Jus Cogens) In International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Finnish Lawyers’ Publishing Company, Helsinki, 1988; KOLB, R.: *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *ius cogens* internacional”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al profesor Migaja de la Muela*, Tecnos, 1979; ROZAKIS, C. L.: *The Concept of ius Cogens in the Law of Treaties*, North-Holland, Amsterdam, 1976.

³⁹³ Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica v. España)*, segunda fase, I.C.J. Reports 1970, en especial párr. 34.

³⁹⁴ Cfr. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, en especial párr. 190.

³⁹⁵ Cfr. *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del genocidio, excepciones preliminares (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports 1996, en concreto párrafos 31 y 32.

³⁹⁶ Cfr. *Timor oriental (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, en especial párr. 29.

³⁹⁷ La Corte, consciente de las dificultades que plantean las obligaciones de *ius cogens*, hizo gala en esta ocasión de una enorme prudencia que, aun ajustada formalmente a lo consultado por la AG, no supuso más que la pérdida de una valiosa oportunidad para declararse sobre este particular. Véase *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, I.C.J., Reports, 1996, en especial, párr. 83.

³⁹⁸ En esta Opinión la Corte se muestra extremadamente cauteloso a la hora de abordar la cuestión del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Así, en la línea de lo establecido en el asunto de *Timor oriental*, el Tribunal inicialmente habla de “derechos *erga omnes*”, no de obligaciones (cfr. *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párr. 88); junto a ello considera sin mayor explicación que “*great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’ (...) that these rules incorporate obligations which are essentially of an erga omnes character.*” (Vid. *Ibid.*, párr.157). Finalmente, la Corte omite toda referencia directa al *ius cogens* en sus consideraciones. A este respecto, conviene también atender a la opinión individual de la juez Higgins, en la que, refiriéndose al párrafo antes citado, afirma: “*Finally, the invocation (...) of “the erga omnes” nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less.*” Vid. Opinión individual de la juez Higgins, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párr. 39.

prohibición de la agresión, del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y de las violaciones graves del DIH, así como, aunque de forma más difusa, de algunas violaciones de determinados derechos humanos³⁹⁹ forman parte del derecho internacional imperativo. De igual modo, y específicamente, la prohibición de la tortura y de la desaparición forzosa de personas, como se ha visto, presentaría idéntico carácter; esto es, a la postre su prohibición estaría incluida entre los valores que deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional; valores, como dijera

³⁹⁹ Sobre este particular ha de recordarse que ya en la sentencia de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* se recogían entre este tipo de normas “*the principles and rules concerning the basic rights of the human person*” (vid. asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Bélgica v. España), segunda fase, I.C.J. Reports 1970, párr. 34). En esta misma línea, el artículo 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura, preveía entre los posibles ejemplos de normas de *ius cogens* la “violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano”; por su parte, el anterior artículo 18 presentado por el Relator Ago en su Quinto Informe directamente planteaba que: “*se considerará “crimen internacional” el incumplimiento grave por un Estado de una obligación internacional establecida por una norma del derecho internacional general aceptada y reconocida como esencial para la comunidad internacional en su totalidad y que tenga por objeto: (...) b) el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión...*” (Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1976, pág. 58); y finalmente, el artículo 50 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en segunda lectura, presenta entre las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas “*las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales*”. Todo esto ha llevado a autores como Hitters a afirmar que: “*los tratados tuitivos de los derechos humanos integran el ius cogens, y, por ende, forman parte de los principios básicos del Derecho internacional general que no admite acuerdo en contrario, por lo tanto las convenciones que contradicen estos principios son nulas*” (vid. HITTERS, J. C.: *Derecho Internacional de los derechos humanos*, t. I, Ed. Ediar, Argentina, 1991, pág. 190). De forma más concreta, Escobar Hernández ha señalado que: “*Desde la perspectiva del Derecho Internacional, el resultado de este proceso ha sido la definición de normas sustantivas que enuncian derechos, algunas de las cuales —como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura— han llegado a integrarse en el bloque cualificado de las normas de ius cogens*” (vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La protección internacional de los derechos humanos” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de...*, op. cit., pág. 632). La matización realizada por esta autora es completamente pertinente, pues sostener que todos los derechos humanos forman parte del derecho imperativo es probablemente demasiado aventurado, resultando más ajustado orientar esta afirmación a lo que algunos especialistas han denominado como “estándar mínimo de derechos humanos” (cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en Derecho internacional”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. III, 1999). En este orden de ideas, basta examinar la regulación del derecho por excelencia, el derecho a la vida, para constatar que resulta incluso incorrecto afirmar que el mismo, en general, forma parte del *ius cogens*: La lectura detallada de lo dispuesto en el PIDCP, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, así como en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, no puede llevar a otra conclusión que afirmar que lo que podría entenderse como derecho incluido dentro del derecho imperativo es el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, pero no el derecho a la vida en una formulación general. Sólo, pues, determinados derechos humanos, o mejor dicho, determinados atentados contra la mismos, pueden calificarse como incluidos en el *ius cogens*. Sobre toda esta cuestión resulta interesante, BLANC ALTEMIR, A.: *La violación...*, op. cit., págs. 100-125; así como SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales”, Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/10/Corr.1, 11 de agosto de 1993.

Cassese, que indican elecciones fundamentales entre sendas diferentes dentro de la Comunidad internacional; valores, en fin, que reflejan exigencias colectivas⁴⁰⁰.

Ahora bien, ha de advertirse que lo anterior se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados, a obligaciones que de este modo se mueven dentro de la responsabilidad internacional del Estado, con lo que su traslación directa al campo de la responsabilidad internacional del individuo, como se ha dicho, resulta inadecuada. A este respecto, debe subrayarse que un campo tan sensible como el del *ius cogens* se impone protagonicamente la exigencia de una interpretación lo menos extensible posible, fundamentada en el bien asentado principio de que todas las limitaciones a la soberanía de los Estados deben interpretarse restrictivamente, tal y como ya estableció, y subrayó, la misma CPJI⁴⁰¹. Así, que una norma prohíba una determinada conducta estatal no significará, inmediatamente, que la misma se criminalice en el ámbito de la responsabilidad internacional del individuo; y de igual modo, la naturaleza jurídica de aquella norma no podrá ser extendida, directamente, a los particulares de la responsabilidad internacional individual.

En consecuencia, aun conviniendo en el espíritu de lo explicitado por el juez Cançado Trindade en la opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, esto es, que el *ius cogens* es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal⁴⁰², mal que nos pese, mientras no se cuenten con evidencias que sustenten la completa satisfacción de los requisitos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es aconsejable la mayor de las prudencias en esta cuestión; resultando además que toda afirmación del carácter imperativo de una norma sin que concurren estas exigencias será, en la práctica, estéril y hasta contraproducente; pues como advierte Meron al hilo del DIDH, “*too liberal an invocation of superior rights such as “fundamental rights” and “basic rights”, as well as jus cogens, may adversely affect the credibility of human rights are a legal discipline*”⁴⁰³.

Esta llamada de atención, en todo caso, no impide concluir que sobre la base de todo lo expuesto un crimen de derecho internacional lo es porque se ha entendido y convenido que ataca gravemente, ya sea la paz o la seguridad internacionales, ya los valores o la conciencia común de la humanidad, bienes jurídicos cuyo titular último es la Comunidad Internacional; lo que justifica tanto su relevancia en el ámbito del Derecho propio de la misma, como consecuentemente el surgimiento de la responsabilidad internacional de sus autores.

⁴⁰⁰ Cfr. CASSESE, A.: *Los derechos...*, *op. cit.*, pág. 241.

⁴⁰¹ Cfr., *asunto Lotus*, P.C.I.J. *Series A*, N.º 10, pág. 18. Véase, igualmente, *asunto de las Zonas francas de la Alta Saboya del País de Gex*, P.C.I.J. *Series A/B*, N.º 46, pág. 62.

⁴⁰² Cfr., voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 18, párr. 68.

⁴⁰³ Vid. MERON, T.: “On a Hierarchy of International Human Rights”, en *AJIL*, vol. 80, núm. 1, 1986, pág. 22.

Esta situación justifica adicionalmente lo que se ha venido a denominar como principio de autonomía de tipificación penal del derecho internacional⁴⁰⁴; es decir, el hecho de que “*el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido*”⁴⁰⁵. Y es que la existencia de bienes jurídicos cuyo titular es la Comunidad Internacional amerita que sea el ordenamiento internacional en el que deba protegerlos; siendo además este principio el colorario necesario de la responsabilidad internacional del individuo.

De esta conclusión se extrae una consecuencia importante: si los bienes jurídicos que se desean proteger no se refieren propiamente ni a la víctima individual de los crímenes ni al Estado en que los mismos se han cometido, en ninguno caso ninguno de los dos podrá disponer de ellos en relación con su sanción. El titular del bien jurídico, el garante del bien dañado como valor material que afecta a la comunidad toda, se sitúa en el ámbito del derecho internacional, en toda la Comunidad Internacional, y es por ello que sea a través de este ordenamiento jurídico como, mediata o inmediatamente, deberá sancionarse. Como afirmara el juez Cavallo en su célebre auto de 6 de marzo de 2001:

*“Conductas como las descritas afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto, su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un estado o más estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un estado aun contra su voluntad (...). Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos”*⁴⁰⁶.

De este modo, la trascendencia internacional de ciertos crímenes encuentra una justificación clara que aboga, irremediamente, porque la responsabilidad de los autores de tales crímenes supere los ámbitos estatales y se sitúe en la esfera internacional. Será entonces dentro de la misma donde haya que determinar cuándo y de qué forma esos crímenes deben ser perseguidos y sancionados.

⁴⁰⁴ Sobre las particularidades del mismo, así como del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico internacional, véase apartado 2. a) del capítulo IV.

⁴⁰⁵ *Vid.* Principio II de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

⁴⁰⁶ *Vid.* Auto del juez federal G. Cavallo en la *causa Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, N°. 8686/2000, de 6 de marzo de 2001, J) Recapitulación y conclusiones parciales (versión electrónica en <http://www.nuncamas.org/juicios/>).

CAPÍTULO IV

LA DIMENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

1) Consideraciones previas sobre el papel protagónico de los Estados en la aplicación de la responsabilidad internacional del individuo.

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, señala el PIDCP en su artículo 15.2 al establecer el especial carácter del principio del *nullum crime sine lege* en la esfera internacional, articulado que completándose con todo lo visto en los Capítulos anteriores, condensa lo que puede considerarse como punto de partida para el presente.

Esta disposición perfila además algunos de los problemas que se analizarán en los siguientes apartados en torno al principio de legalidad, pero de forma directa introduce un (o el) aspecto capital que subyace en toda esta cuestión. Dicho de un modo más concreto, estas líneas explicitan la propia materialización del principio de la responsabilidad internacional del particular, *el juicio y la condena* de aquéllos que, en lo aquí interesa, cometan crímenes de derecho internacional; lo que desde una formulación más amplia llevará a enfrentar el modo, o los modos, que el derecho internacional prevé para aplicar este principio. Ésta es además la cuestión principal a efectos del presente trabajo: identificar las normas que, bien obligan, bien facultan, a los Estados a hacer realidad la responsabilidad internacional del individuo.

Hablo de Estados ya que la vinculación del particular al derecho internacional a través de estas disposiciones no debe oscurecer el hecho de que son ellos, ya sea en solitario o coordinados en instituciones internacionales, los destinatarios de las normas que conforman el régimen jurídico de aplicación de la responsabilidad internacional individual. Siendo cierto que el esquema dual de aplicación mencionado (órganos, esencialmente jurisdiccionales, de los Estados y, en su caso, órgano o procedimiento internacional) ha estado presente en todos los procesos mencionados en el Capítulo anterior, y sigue siendo hoy plenamente vigente, la mención prioritaria a los Estados encuentra su justificación en una serie de circunstancias que no deben desatenderse.

En primer lugar, hay que advertir que la misma concepción de la jurisdicción, del ejercicio del *ius punendi*, como un elemento clave de la soberanía estatal invita a concluir que, al menos en primera instancia, la misma será ejercida prominentemente

por los mismos Estados tantas veces recelosos de ceder o compartir una manifestación tan importante de la misma.

Otras razones apoyan este carácter prioritario, en tanto que resulta evidente que cualquier repaso a la práctica internacional deja patente que en los escasos casos en que se ha dado una persecución de individuos responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional, la misma se ha realizado preferentemente a través de tribunales estatales. Esta realidad es, sin duda, predicable respecto a las actuaciones habidas con anterioridad al establecimiento de los distintos tribunales internacionales de la última década; y es que, como se ha puesto de manifiesto, incluso cuando se instituyeron TMI para sancionar los más graves crímenes de derecho internacional, su actividad se vio acompañada por una enérgica, al menos en términos cuantitativos, persecución por parte de distintos tribunales nacionales. El período comprendido entre estos años y el decenio de 1990 no puede más que presentar similares características, máxime cuando ante la ausencia de tribunales internacionales penales cualquier materialización del principio de responsabilidad internacional del individuo debía conducirse a través de los tribunales internos de los Estados.

Ahora bien, los cambios operados a partir de 1993 pudiera pensarse que dibujan un escenario distinto, en tanto que a partir de esa fecha distintas iniciativas en el seno de la Comunidad Internacional dieron fruto en forma de tribunales internacionales encargados de hacer realidad el principio de la responsabilidad internacional del particular; entre los cuales, sin duda, ocupa un lugar destacado la reciente CPI. Es consecuentemente a partir de este momento cuando de forma más clara es posible identificar órganos, en los dos niveles mencionados, encargados de la aplicación de este principio: sin atender a limitaciones temporales o geográficas —dentro de las que se inscribirían los distintos Tribunales *ad hoc*— se tendría, de un lado, a la CPI en el ámbito estrictamente internacional, junto a, en el nivel estatal, los órganos jurisdiccionales nacionales.

No obstante lo anterior, y aun aceptando esta posición de partida, la existencia de los Tribunales *ad hoc*, e incluso de la CPI, no debe ocultar el hecho de que pese a sensibles diferencias aún se mantiene un esquema en el que el derecho internacional se presenta como un ordenamiento descentralizado y esencialmente inorgánico, conformado por un conjunto de entidades soberanas que conservan el protagonismo fundamental del mismo⁴⁰⁷; preservando, en este sentido, similares atribuciones a las que ya se identificaran en la conocida como teoría del desdoblamiento funcional⁴⁰⁸.

A este respecto, no será ocioso recordar que en la Resolución 1534/2004 el CS reiteró la importancia esencial de las jurisdicciones internas para el funcionamiento, incluso, de las mismas instancias judiciales internacionales⁴⁰⁹; resultando igualmente

⁴⁰⁷ Sobre la preeminencia de la soberanía estatal incluso en relación con los tribunales penales internacionales, CASSESE, A.: “On the Current...”, *op. cit.*, págs. 8-10.

⁴⁰⁸ Sin perjuicio de lo que se apuntará más adelante, sigue siendo un referente sobre esta teoría la pionera obra de SCHELLE, G.: *Manuel de Droit International Public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1949.

⁴⁰⁹ Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1534 (2004)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1534 (2004), 26 de marzo de 2004, párr. 9.

reveladoras las posiciones de varios Estados como Japón, China, Indonesia, La India, Israel o la República Popular Democrática de Corea en los debates celebrados la Sexta Comisión de la AG de 1995 sobre el ya comentado proyecto de Estatuto de la CPI. A modo de resumen de todas ellas, conviene reproducir la opinión de China: “*El primer principio, el de la complementariedad, debe entrar en juego cuando a los tribunales nacionales les sea imposible enjuiciar, de la manera deseada, a un acusado de un crimen internacional grave. Pero deben ser la jurisdicción penal nacional y el sistema actual de la jurisdicción internacional universal los que deben tener primacía. La corte penal internacional no puede suplantar a los tribunales nacionales ni erigirse en una instancia supranacional, ni tampoco servir de instancia de apelación para los enjuiciamientos nacionales*”⁴¹⁰.

Las previsiones del Estatuto de la CPI mantendrán finalmente este estado de cosas; y así, y ya desde su Preámbulo, se recuerda que “*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...*”, destacando a continuación que “*la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*”; complementariedad que, también mencionada en su primer artículo, encuentra su desarrollo en los artículos 1, 17, 18, 19 y 20, considerados todos ellos de forma sistemática.

Excede del ámbito de este trabajo analizar con detenimiento estas disposiciones y las implicaciones de las mismas, que, anótese, se extienden sobre todo el Estatuto⁴¹¹, con lo que baste apuntar que en líneas generales lo dispuesto en el artículo 17.1. a) puede ofrecer una idea bastante aproximada del significado de esta complementariedad, en tanto que, prescribe este artículo, un asunto presentado ante la Corte será inadmisile si el mismo está siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. A lo que cabría añadir que incluso cuando ha habido una actuación judicial, la CPI podrá “retomar el caso” si se estima cumplida alguna de la condiciones dispuestas en el segundo apartado de este artículo.

Frente al carácter primario o preferente, ya señalado, de la jurisdicción de los Tribunales *ad hoc*, la CPI se configura como entonces complementaria de las jurisdicciones nacionales –salvo, posiblemente, cuando una causa haya sido remitida a la

⁴¹⁰ *Vid.* Documento de las Naciones Unidas: A/C.6/50/SR.25, pág. 14.

⁴¹¹ Para un estudio detallado de estos aspectos, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales: ¿tiempos de “ingeniería jurisdiccional”?”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de...*, *op. cit.*; AMBOS, K.: *La nueva Justicia Penal Internacional...*, *op. cit.*, en especial págs. 79-82; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “El principio de...”, *op. cit.*; HOLMES, J. T.: “Complementarity: national Courts versus the ICC”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of...*, *op. cit.*, vol. 2; KLEFFNER, J. K.: “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, en *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003; QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal...*, *op. cit.*, págs. 313-395; SCHABAS, W. S.: *An Introduction to...*, *op. cit.*, págs. 85-89; SOLERA, O.: “Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional”, en *RICR*, N.º. 845, 2002. Resultan interesantes los problemas que la complementariedad puede plantear con la jurisdicción universal; sobre este particular, LATTANZI, F.: “Competence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États”, en *RGDIP*, vol. 103, n.º. 2, 1999 págs. 425-444.

Corte por el CS⁴¹²-, particular que si bien no ha de ser interpretado de forma simplista como automática primacía de éstas sobre la Corte, ni asumido como una manifestación de subsidiariedad, perfila un escenario en el que al menos formalmente se refuerza el papel de los tribunales internos como instancia prioritaria para la persecución de los crímenes de derecho internacional.

De este modo, incluso con la creación de la CPI podría afirmarse que sigue vigente la caracterización que realizara Bassiouni a principio del decenio de 1980 sobre el modelo de persecución de los crímenes internacionales existente, esto es, que el mismo continua estando configurado bajo un sistema de aplicación indirecta, pues no reposa –ni aun hoy- sobre una estructura de ejecución supranacional⁴¹³. Circunstancia que refuerza la atención principal a las entidades estatales a la hora de analizar los modos de aplicación del principio aquí estudiado.

Adicionalmente, el objeto, material y geográfico, de este trabajo apoyan la anterior conclusión ante las especificidades tanto de la CPI como de los Tribunales *ad hoc*.

Respecto de los segundos, resulta pertinente adelantar que no existen ejemplos de estos órganos creados en el ámbito hispanoamericano; pudiendo sostenerse que además no cabe esperar que esta inexistencia de hecho, presente y pasada, sufra ninguna alteración en el futuro para los acontecimientos que analiza este estudio; y es que al margen de las consideraciones fácticas o de las consecuencias que se pudieran derivar de determinadas interpretaciones del principio de garantía jurisdiccional⁴¹⁴, argumentos jurídicos apuntan, en primera lectura, en esta dirección.

A tal efecto, es oportuno traer a colación de nuevo las previsiones del Estatuto de la CPI, y muy significativamente lo establecido por su artículo 13, a tenor del cual:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

(...)

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes...”

⁴¹² Véanse el artículo 18 párrafos 1 y 2, en relación con la no previsión de posibilidad de inhibición para los casos en que la actuación de la Corte sea promovida por el CS, tal y como se dispone en el artículo 13 b). Sobre este particular, ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: *La Corte...*, *op. cit.*, págs. 156-162; FAKHOURI GÓMEZ, Y.: “La Competencia...”, *op. cit.*, págs. 113-118, en especial pág. 113; QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal...*, *op. cit.*, págs. 285-297 y en especial 342-343.

⁴¹³ Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 81.

⁴¹⁴ Es preciso recordar que el mismo TPIYUG ha sostenido que la mención a la garantía del “juez establecido por la ley” (por ejemplo del artículo 14.1 del PIDCP) ha de interpretarse en el orden internacional como la exigencia de un tribunal creado por un órgano competente, de acuerdo con los procedimientos jurídicos fijados, y especialmente, que respete las exigencias derivadas del debido proceso. Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 41-48, en especial, párr. 45.

Esta disposición otorga al CS la capacidad de enviar al Fiscal de la CPI un caso que, en atención a los ejemplos existentes, podría de igual modo abordarse a través de la creación de un tribunal *ad hoc*. Sobre la base de esta posibilidad, así como de la competencia de la Corte para entender de estos casos, no parece descabellado esperar que la misma se convierta en una alternativa al establecimiento de nuevos tribunales *ad hoc* por el CS, siendo la conclusión inmediata a extraer un casi seguro final de estos tribunales en favor de la propia CPI. No obstante, conviene matizar esta afirmación atendiendo a la postura conocida de algunos miembros del CS, especialmente China y los Estados Unidos de América, muy reacios a aceptar la competencia de la CPI, lo cual puede reservar algunas sorpresas en este punto.

La atención de la Comunidad Internacional sobre los crímenes cometidos en Sudán en los últimos años ha permitido, recientemente, corroborar la tesis expuesta. Tras una compleja negociación en el seno del CS, la posición inicial de los Estados Unidos de América tendente a establecer un nuevo tribunal *ad hoc* en África⁴¹⁵ fue en último término *derrotada*⁴¹⁶ por la propuesta francesa de enviar el caso a la CPI. De este modo, la Resolución 1593 (2005) del CS finalmente decidió remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la CPI⁴¹⁷; aunque, lo hizo con la abstención de Estados como China y los Estados Unidos de América⁴¹⁸.

En todo caso, la carga política tanto de este tipo de situaciones como de las decisiones que sobre ellas adopte en el futuro el CS hace aventurado apostar por una respuesta tajante sobre este particular; aunque desde mi punto de vista, el mejor sentido común invita a escoger el camino marcado por el caso sudanés, y poner en consecuencia el acento en la CPI en detrimento de una proliferación futura de nuevos tribunales *ad hoc* –o en el peor de los casos, esperar una inacción del CS en ambos sentidos–.

Sea como fuere, es preciso subrayar que lo anterior es predicable respecto a la creación de tribunales *ad hoc* para el enjuiciamiento, en líneas generales, de comportamientos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la CPI, en tanto que para la sanción de actuaciones anteriores nada impide suponer la viabilidad del establecimiento de algún “tribunal internacional”, pero de naturaleza híbrida, como demuestra la experiencia consignada en el Capítulo II. Entrecomillo y subrayo el

⁴¹⁵ Cfr. “ONU decide enviar misión de paz a Sudán”, Agencia France Presse, 25 de marzo de 2005; “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees Release SC/8351, 31 de marzo de 2005.

⁴¹⁶ Quizá la expresión “derrotada” es excesiva en tanto que los Estados Unidos cedieron en sus pretensiones a cambio de lograr la muy discutida inmunidad para sus ciudadanos tal y como se consigna en el párrafo 7 de la Resolución.

⁴¹⁷ Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1593 (2005)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

⁴¹⁸ Sobre las motivaciones de estos votos, “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees Release SC/8351, 31 de marzo de 2005, en <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm>. En la votación también Argelia y Brasil se abstuvieron, si bien por motivos distintos a los de China y los Estados Unidos. Merece la pena atender a los alegados por el representante argelino, al presentar una estrecha relación con la temática de este trabajo.

carácter de tribunal híbrido ya que podría resultar muy problemática la creación de un auténtico tribunal internacional *ad hoc* para el enjuiciamiento de hechos cometidos en un pasado lejano, en tanto que, la experiencia demuestra, en el fundamento de éstos se encuentra la existencia de una situación (inmediata) calificada como de amenaza para la paz y seguridad internacionales.

Con todo, resulta ahora oportuno detenerse en otra característica fundamental de la CPI -carácter que, adicionalmente, alejará notablemente su virtualidad a la hora de enfrentar los períodos de transición que se analizan en este trabajo-.

Al regular la competencia temporal de la CPI, el artículo 11 de su Estatuto establece que la Corte será competente únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del propio Estatuto. Previsión que puede completarse con lo dispuesto en el artículo 24, esto es, que nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a su entrada en vigor. De este modo, sobre todos aquellos crímenes cometidos con anterioridad al 11 de abril de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto, la Corte no es competente; lo que obviamente obligará a considerar su accionar tan sólo, a los efectos de este análisis, y de nuevo en términos generales, respecto a crímenes a abordar en períodos de transición posteriores; que es tanto como afirmar que habría que circunscribir su capacidad de influencia respecto al único Estado sobre el que, en la actualidad, sería posible predicar una posible transición⁴¹⁹ en lo aquí que interesa: Colombia.

Sin embargo, en este punto hay que recordar la existencia de una limitación más en la competencia temporal de la Corte. En lo que el propio Estatuto denomina como “disposición de transición” –artículo 124-, se prevé que:

“No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.”

Esta cláusula, introducida a propuesta de Estados como Francia y Estados Unidos de América, sólo ha sido invocada hasta el momento⁴²⁰ por dos Estados: uno, la misma Francia, el otro, Colombia.

La Corte, entonces, podrá gozar de cierto protagonismo, en su caso, en relación con los crímenes contra la humanidad (o el genocidio) cometidos en el territorio de Colombia, o por nacionales colombianos, a partir de la fecha mencionada, pero en cuanto a los crímenes de guerra cometidos en Colombia, resulta harto complicado predecir si esta limitación temporal será o no significativa, pues ello sería tanto como pronosticar cuando tendrá fin el conflicto armado que padece este Estado;

⁴¹⁹ Sobre el concepto de transición, véase el capítulo VII.

⁴²⁰ Al margen de estos dos Estados, tan sólo Burundi ha manifestado su intención de hacerlo, pero sin haberla materializado en el momento de redacción de este trabajo.

mas, no cabe duda que respecto a estos crímenes la CPI no podrá desplegar ninguna actividad hasta el año 2009, salvo aparentemente si los mismos son cometidos por colombianos en el territorio de otro Estado Parte en el Estatuto de la Corte, o en su caso, si nacionales de otros Estados Partes comenten esos crímenes en territorio colombiano⁴²¹. Supuestos ambos alejados de la realidad del conflicto que asola este país.

En la formulación de esta serie de argumentos he incluido una salvaguardia sin la cual lo explicado no se ajustaría a la realidad completamente. Siendo cierto todo lo anterior “en términos generales”, existe una particularidad que quizá pueda terminar situando a la CPI en un papel más protagónico de lo que cabría esperar.

Como se enunció, la Corte es competente para entender de las desapariciones forzosas cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, a lo que habrá que añadir la ya referida aceptación indubitada de este crimen como un delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; circunstancia que invitaría a concluir que la CPI será competente para juzgar muchos de los casos de desaparición forzada que se vivieron en los períodos y países objeto de este estudio, en tanto que en la gran mayoría de los casos el paradero de las víctimas todavía permanece desconocido. No obstante, el carácter ya mencionado del Estatuto, y en esencia, la ardua negociación que se debió realizar para su aprobación, convierten esta circunstancia como más propia del “deber ser”, pues si se atiende a los Elementos de los Crímenes puede observarse como, estando configurada la desaparición forzosa como una modalidad de los crímenes contra la humanidad, se dispone, eso sí en una pequeña nota al pie, que “*el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto*”⁴²². Habrá que esperar entonces a ver cómo interpreta la Corte esta exigencia para conciliarla, como sería de esperar, con el carácter continuado del crimen de desaparición forzosa. Hasta ese momento, el tenor literal referido no permite albergar muchas esperanzas, más bien ninguna.

Todo lo dicho, en definitiva, presenta un escenario en el que el modelo de aplicación del principio de responsabilidad internacional del individuo se configura como un sistema esencialmente indirecto en el que la soberanía estatal, el monopolio estatal de la sanción penal, se mantiene como el cauce básico por el que discurre la materialización de este principio; resultando, por ello, más adecuado poner el acento en la actuación realizada en y por los tribunales internos para su estudio. Sin embargo, tanto la práctica registrada por los tribunales *ad hoc* –muy importante en determinados procesos de transición-, como la teórica, aunque más que improbable, posibilidad de algún accionar de los mismos en los procesos que aquí se abordan, así como la evidente

⁴²¹ Véase el artículo 12 del Estatuto. Sobre la aparente contradicción que podría resultar de estas previsiones, ARSANJANI, M. H.: “The Rome Statute of the International Criminal Court: Exceptions to the Jurisdiction”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.* También es recomendable el breve trabajo de KAUL, H.-P.: “The International Criminal Court: Jurisdiction, Trigger Mechanism and Relationship to National Jurisdictions”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*

⁴²² *Vid.*, nota a pie 24 de los Elementos de los Crímenes, pág. 126. Sobre este particular, resulta interesante la opinión de autores como ABIN, C.: “Régimen jurídico de la Corte Penal Internacional: La lucha continua”, en *Revista del Sur*, núm. 118, 2001, apartado 2.

relevancia —con las limitaciones y matizaciones hechas— de la CPI, ameritarán que se mantengan referencias a estas instituciones en los Capítulos posteriores.

2) La aplicación del principio de responsabilidad internacional por los tribunales internos.

2. a) La incorporación del derecho internacional penal en los ordenamientos jurídicos internos.

2.a. 1) El principio de legalidad penal.

Antes de adentrarse en el campo de la aplicación propiamente dicha del principio de la responsabilidad internacional del individuo, las peculiaridades del derecho internacional penal en el que el mismo se inscribe hacen oportuno detenerse en el estudio de una primera obligación general en cuanto a la integración o incorporación de las normas que prevén este tipo de responsabilidad en los distintos ordenamientos internos.

Sobre esta cuestión, hay que indicar de inicio que el desarrollo histórico consignado permite avalar que ciertos comportamientos suponen un crimen de derecho internacional que como tal ha de ser perseguido. A este respecto, conviene recordar lo señalado en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, esto es, que el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya un crimen de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido⁴²³.

Así, con el ya mencionado reconocimiento del principio de autonomía de tipificación penal del derecho internacional se reiteraría la irrelevancia de la caracterización, o ausencia de tipificación, de un crimen de derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno a los efectos de su caracterización criminal; sin embargo, como se ha analizado en el apartado anterior y como reconoce la propia CDI, los tribunales nacionales desempeñan una función esencial en este ámbito⁴²⁴, particularidad que obliga a reconsiderar la afirmación anterior, en tanto que desde la perspectiva de la aplicación del principio de la responsabilidad internacional del individuo por los

⁴²³ Cfr. Principio II de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. En sentido similar, aunque restringido al ámbito de este texto, recuérdese el artículo 1.2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.

⁴²⁴ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 13 al artículo 1, y comentario al artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

tribunales nacionales será preciso poner una especial atención a los requisitos generales que el derecho interno establezca para que éstos puedan materializarla. En otras palabras, obligará a atender al modo en que la criminalización internacional de ciertos comportamientos ha de integrarse en la ley penal de los Estados con vistas a dotarla de verdadera efectividad judicial.

Una posible primera vía para responder a esta cuestión podría encontrarse en los dos modelos generales de integración de las normas de derecho internacional en los ordenamientos internos⁴²⁵; lo que llevaría, de forma simplificada, a concluir que en aquellos Estados con sistemas monistas no se requeriría de una norma interna que, como tal, estableciera que un crimen de derecho internacional también lo es en derecho interno, mientras que en aquéllos con sistemas dualistas sería preciso que el legislador, expresamente, trasladara la consideración criminal de esas conductas a su ley penal.

Esta conclusión, acertada en términos teóricos generales, resulta incorrecta a la hora de afrontar el modo en que las disposiciones del derecho internacional penal que aquí interesan han de integrarse en el derecho interno estatal⁴²⁶, y ello porque en este ámbito específico entra en juego un principio que ha sido ampliamente caracterizado como el más crucial y definitivo para el derecho penal, expresivo de un Estado de Derecho en su profunda y veraz aceptación⁴²⁷: el principio de legalidad penal.

Aunque excede del ámbito de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de este principio, resulta necesario recordar que el mismo se presenta conformado, por atender en su formulación clásica, por tres postulados esenciales: a) Toda aplicación de una pena supone una ley previa (*nulla poena sine lege*); b) la aplicación de una pena presupone la realización de la infracción prevista en la figura legal (*nulla poena sine crimine*); y c) la infracción viene determinada por la pena legal (*nullum crimen sine poena legale*). Esta definición, atribuida a Feuerbach y más conocida por el aforismo: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, puede desglosarse en los siguientes requisitos sobre la base de un texto

⁴²⁵ Como es sabido, la cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido abordada, desde el plano teórico o doctrinal, por dos teorías en las que de una forma u otra se alinean las distintas Constituciones estatales: la teoría dualista y la monista. De forma muy resumida, para la primera, sostenida por autores como Triepel y Anzilotti, el sistema jurídico internacional y los ordenamientos internos son dos órdenes jurídicos distintos y separados; consecuentemente, una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico nacional, siendo necesaria su transformación en una disposición de derecho interno para lograr su aplicabilidad en este orden. Por su parte, los defensores de la teoría monista –Kelsen y Scelle entre otros– parten de un presupuesto diametralmente opuesto: la existencia de unidad en todo el ordenamiento jurídico; de donde se colige que la norma internacional no necesita de ningún acto expreso del Estado para integrarse en su ordenamiento interno.

⁴²⁶ Ésta es la vía de análisis que utiliza Francisco Francisco en un trabajo de reciente publicación. La autora se esfuerza en determinar inicialmente si diversos Estados (España, el Reino Unido y los Países Bajos) presentan sistemas monistas o dualistas, caracterización que finalmente le obligará a reconocer que, por poner un ejemplo, “*although the Spanish legal system can be described as monistic, there is a very important exception regarding criminal law matters, in which the Spanish legal system is directed by a dualistic approach*” (vid. FRANCISCO FRANCISCO, M. I.: *Aspects...*, *op. cit.*, pág. 97). La “excepción” se repite para los Países Bajos, siendo que en realidad el problema se encuentra en el enfoque escogido para afrontar esta cuestión.

⁴²⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL, M.: “Constitución y Derecho penal: El principio de legalidad en materia criminal”, en VV.AA.: *Estudios Jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, La Laguna, 1993, pág. 157.

eminentemente internacional, como el del Estatuto de la CPI: Una persona sólo puede ser castigada por una acción 1) que estuviera prevista al tiempo de su comisión (*lex scripta*); 2) que se hubiera cometido una vez la norma en la que se recoge esté en vigor (*lex praevia*); 3) que estuviera definida con claridad suficiente (*lex certa*); 4) que no fuera ampliable por analogía (*lex stricta*); y 5) cuya pena estuviera establecida en la norma en cuestión (*nulla poena*).

Como se vio, pese a algunas ambigüedades iniciales, el vigor del principio de legalidad ha sido reconocido también en sede internacional tanto por instrumentos convencionales como por la jurisprudencia⁴²⁸. Significativamente, el mismo Estatuto de la CPI lo recoge entre lo que define como “principios generales del derecho penal”⁴²⁹; aunque como recientemente ha aclarado el TPIYUG, la vigencia del principio de legalidad no puede suponer que, dentro de sus límites, un Tribunal no pueda ejercer una labor de desarrollo del derecho a través de su jurisprudencia⁴³⁰.

Brevemente, puede apuntarse que esta afirmación ha sido interpretada por algunos autores de una forma, cuanto menos, interesante, en tanto que han considerado que la actuación de los TMIs establecidos al final de la Segunda Guerra Mundial debe evaluarse como precedente para la persecución de responsables de crímenes de derecho internacional en aplicación del derecho internacional penal que los mismos crearon aun en violación directa del principio de legalidad; de tal suerte que, pudiera argumentarse, la exigencia de cualquier respeto al principio de legalidad sería esperable, entonces, tan sólo tras los juicios realizados en ese período histórico⁴³¹.

Con todo, y sin volver a abordar las particularidades de los TMIs, en este punto es preciso subrayar que el respeto al principio de legalidad penal, en sentido amplio, no sólo imposibilitaría actuaciones así concebidas, sino que el mismo, al margen de cualquier consideración sobre los modelos generales de integración de las normas de derecho internacional, obliga a considerar como punto clave las exigencias que respecto de la ley penal se establezcan en el ordenamiento interno de cada Estado; resultando

⁴²⁸ Llama la atención, no obstante, que en un proceso tan relevante como el caso Eichmann, la Corte Suprema de Israel afirmase que: “*the principle nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, in so far as it negates penal legislation with retroactive effect, has not yet become a rule of customary international law (...) it is true that in many countries the said principle has been embodied in the constitution of the State or in its criminal code (pero) this state of affairs is not universal.*” Vid. *Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de Mayo de 1962, (*International Law Reports*, vol. 36, pp. 3 y ss., p. 281). Si bien, la Corte finalmente esgrimió como argumento la aplicación retrospectiva del derecho internacional penal, cuestión que será abordada en las siguientes páginas.

⁴²⁹ Véase la Parte III del Estatuto, en particular los artículos 22 y 23. Apúntese, en todo caso, que esta inclusión supone que los mismos son considerados principios generales del derecho para y por la Corte.

⁴³⁰ Cfr. *Caso Prosecutor v. Vasiljevic*, sentencia de 29 de noviembre de 2002, n°. IT-98-32-T, en <http://www.un.org/icty/vasiljevic/trialc/judgement/index.htm>, párr. 196; *caso Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, n°. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/judgement/index.htm>, párrs. 126-127; *caso Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, *Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3*, 2 de marzo de 1999, n°. IT-95-14/2-PT, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>, párrs. 20-22.

⁴³¹ Cfr. KITTICHAISAREE, K.: *International...*, *op. cit.*, pág. 16; con una argumentación más elaborada, y certera a mi entender, FERNÁNDEZ PONS, X.: “El principio...”, *op. cit.*, pág. 11.

que por más que la Constitución de un Estado escogiera como sistema de integración el monismo más absoluto, habría que valorar si esta integración automática de normas, en este caso del derecho internacional penal, cumple los requisitos básicos del principio de legalidad penal para poder operar en este sector del Derecho.

Es desde esta perspectiva que puede plantearse un primer escenario de análisis con relación a la faceta formal de los requisitos derivados del principio de legalidad penal, resultando que de la continuada referencia a la ley penal en la configuración del mismo puede derivarse una realidad sostenida por la doctrina más autorizada, esto es, que las normas convencionales no pueden ser fuente directa de derecho penal para la creación o agravación de responsabilidad criminal, de modo que si las mismas obligan en ese sentido al Estado deberán ser objeto de desarrollo por una ley penal⁴³².

Esta afirmación permite, además, identificar uno de los elementos que de forma más clara distingue la caracterización del principio de legalidad en el orden interno e internacional; diferencia que, adviértase, no es más que una consecuencia de las particularidades propias de cada uno de estos dos órdenes del Derecho. Así, mientras en el ordenamiento internacional está ampliamente aceptado que la mención a la “ley” debe entenderse de una forma más laxa, incluyéndose en ella no sólo el derecho convencional sino también el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho⁴³³, en el derecho interno esta laxitud se presenta difícilmente acomodable a los requisitos mencionados, siendo necesaria la existencia de una ley escrita para la creación o agravación de tipos penales, aun cuando ellos no provengan de una norma consuetudinaria sino de un tratado internacional. Por ello, algunos autores consideran más adecuado reservar el término de “principio de legalidad” para los ordenamientos jurídicos internos, y utilizar para el derecho internacional el concepto más ajustado a sus peculiaridades de “principio de juridicidad”⁴³⁴.

⁴³² Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 159. En la misma línea, ejemplificado a través de la práctica española, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 196; GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 93-105. En la jurisprudencia nacional, véanse la causa ante los tribunales franceses V. *Javor et autres c. X.*, *Cour d'Appel, Chambre d'Accusation*, 24 de noviembre de 1994; *Cour de Cassation criminelle*, arrêt, 26 de marzo de 1996. No menos significativo es que la jurisdicción senegalesa se haya declarado incompetente para conocer de la denuncia presentada en enero del 2000 ante el Tribunal Régional de Dakar contra Hissène Habré, antiguo Presidente del Chad, y “X”, estimando que los crímenes imputados (torturas y crímenes contra la humanidad) no habían sido incorporados al derecho interno del Senegal.

⁴³³ Además de lo ya señalado, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Cuarto informe sobre el proyecto de código...”, *doc. cit.*, págs. 74-75; HUESA VINAIXA, R.: “Incrimination...”, *op. cit.* No obstante, es posible encontrar opiniones que mantienen que, aun en el derecho internacional, sólo puede atenderse a las normas convencionales para cumplir las exigencias del principio de legalidad penal. A este respecto, por ejemplo, aun aplicando de forma incorrecta, a mi entender, conceptos propios del derecho interno al derecho internacional, BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas...”, *op. cit.*, págs. 121-122. En sentido similar, Gil Gil rechaza la costumbre internacional como fuente del derecho internacional penal, aunque finalmente trata de reconducir su argumento hacia una personal interpretación de la interacción entre las normas convencionales y las consuetudinarias. Cfr. GIL GIL, A.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 88-90.

⁴³⁴ Aunque no utiliza esta expresión, Remiro Brotóns condensa en un solo párrafo la esencia de este término en REMIRO BROTONS, A.: “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, págs. 202-203. En la

En cualquier caso, al margen de estas diferencias, la anterior conclusión general se ve reforzada si junto al principio del *nullum crime sine previa lege* se atiende a otro de los tres requisitos enunciados: el de *nulla poena sine previa lege*; principio que en el primer Proyecto de Código Penal Internacional de Pella y Saldaña se consideraba como la base de la represión internacional⁴³⁵, y que para un autor como Beccaria se ha de traducirse en el hecho de que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social⁴³⁶.

Las exigencias derivadas de este principio dirigen, a mi entender, irremediablemente a la necesidad de tipificación en el ordenamiento interno, y eso porque, como es sabido, ninguna disposición del derecho internacional penal convencional prevé sanción concreta por la comisión de un crimen de derecho internacional; siendo lo máximo a lo que se llega enunciados del tipo: “*todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*”⁴³⁷.

Cuestión aparte son las previsiones de los distintos tribunales internacionales penales, en donde en cierto sentido aparecen penas más o menos concretas para los crímenes bajo su competencia. Sin embargo, como he señalado anteriormente, tan sólo se trata de diversos instrumentos internacionales que definen el modo de actuar de un determinado tribunal para la sanción de unos crímenes concretos; en ningún caso son previsiones que con carácter general establezcan penas para crímenes de derecho internacional. Aun con esta aclaración, e incluso para la fijación de penas en estos ámbitos restringidos, las dificultades intrínsecas de esta cuestión aparecen con claridad en los propios textos de estos tribunales⁴³⁸.

La CDI ha puesto de manifiesto las razones de esta falta de determinación de las penas sobre la base de dos dificultades esenciales: de un lado, la gran diversidad de sistemas jurídicos existentes en la Comunidad Internacional, del otro, los problemas derivados de la selección de un método general para su fijación; realidades ambas que obstaculizan notablemente un objetivo básico de las misma CDI, esto es, escoger las

misma línea, véase Audiencia Nacional en Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º. 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable.

⁴³⁵ Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 113.

⁴³⁶ Cfr. BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 29.

⁴³⁷ *Vid.*, artículo 4.2 de la CCT. El artículo 3 de la CIDFP presenta una formulación similar, que igualmente, aunque de forma más restrictiva, es identificable en el artículo 6 de la CICT. Por su parte, el artículo V de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio utiliza la expresión “*sanciones eficaces*”, mientras que los artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio de Ginebra mencionan las “*adecuadas sanciones penales*.”

⁴³⁸ Véanse los artículos 24 y 27 del Estatuto del TPIYUG, y 23 y 26 del TPIRW, así como la regla común 101 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos Tribunales. Tan sólo el Estatuto de la CPI es el que, en cierto modo, prevé una pena “concreta” para los crímenes bajo su competencia en su artículo 77. Los artículos 78 y 110, por su parte, contienen previsiones relativas a la agravación, atenuación o reducción de la condena, en la misma línea que, con mayor detalle, las reglas 145 y 146 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, pero no concluyendo -desde una perspectiva de derecho interno- en una determinación cerrada y completa de las penas a imponer.

penas sobre las que haya mayor acuerdo y cuyo principio sea aceptado en general por la Comunidad Internacional⁴³⁹.

A pesar de los recelos iniciales del Relator Thiam⁴⁴⁰, ciertamente la CDI terminó por considerar que esta indeterminación en la normativa internacional no viola el principio general del *nulla poena*⁴⁴¹, en consonancia con lo manifestado, por ejemplo, por la Sala Especial de Apelaciones holandesa allá por 1949⁴⁴². Con todo, no reiterando las especialidades del derecho internacional penal ya mencionadas, y valorando las afirmaciones de este tribunal en su momento histórico, a mi entender no es posible compartir el razonamiento expuesto, ni la más refinada versión de la CDI, en lo relativo a este principio en cuanto a la legislación interna estatal; ni como se ha pretendido, acudir a las penas de delitos comunes “asimilables” para llenar el vacío del tipo penal concreto que se está enjuiciando⁴⁴³, si no es bajo el imperfecto “mecanismo de la doble incriminación”⁴⁴⁴.

Así, de todo lo anterior habría de extraerse que esta carencia de concreción respecto a la sanción penal correspondiente a los distintos crímenes de derecho internacional, transforma a las normas en que se contienen en lo que se ha denominado como disposiciones *non self-executing*⁴⁴⁵, esto es, normas cuyas cláusulas no son lo suficientemente precisas para su aplicación inmediata por el juez u otros operadores

⁴³⁹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Octavo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” del sr. Doudou Thiam, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/430 y Add. 1, 8 de marzo y 6 de abril de 1990, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 1990, párr. 105; así como “Noveno informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/435 y Add. 1, 8 de febrero y 15 de marzo de 1991, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 1991, en especial págs. 40-43.

⁴⁴⁰ Véase, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1983, pág. 6.

⁴⁴¹ En este sentido, véase el Comentario 7 al artículo 3 del Proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Algunos autores incluso estiman que el mismo principio no sería aplicable al derecho internacional penal. Así, CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, pág. 157.

⁴⁴² Véase *caso Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, n°. IT-96-22-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>, párr. 38.

⁴⁴³ En este punto resulta obligada la mención a la elaborada argumentación del juez Vandermeersch en el auto dictado por el *Tribunal de première instance* de Bruselas el 6 de noviembre de 1998 en el proceso abierto contra Pinochet. Cfr. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, febrero, 1999, en especial págs. 286-287.

⁴⁴⁴ En virtud de este mecanismo un mismo acto es considerado, a la vez, como infracción del derecho interno e infracción contra el derecho internacional (por ejemplo, asesinato y crimen contra la humanidad), pero el castigo que se impone es solamente por la infracción del derecho interno. Como propuesta para solventar algunas situaciones concretas, SCHABAS, W. A.: “Justice, democracy, and impunity in post-genocide Rwanda: searching for solutions to impossible problems”, en *CLF*, vol. 7, núm. 3, 1996, pág. 535.

⁴⁴⁵ Aunque minoritarias, es posible encontrar opiniones contrarias a esta caracterización. Así, por ejemplo, LATTANZI, al hilo de una exposición sobre la implementación de las disposiciones del Estatuto de la CPI en los ordenamientos jurídicos internos, en LATTANZI, F.: “The International Criminal Court and National Jurisdictions”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pág. 186. Sobre esta cuestión general, resulta interesante el enfoque adoptado por Buergethal en BUERGENTHAL, T.: “Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law”, en *R. des. C.*, núm. 235, 1992-IV.

jurídicos de derecho interno⁴⁴⁶; normas internacionales, pues, que interactuarían con los ordenamientos estatales bajo lo que ha venido a conocerse como complementariedad entre el ordenamiento jurídico interno e internacional⁴⁴⁷.

De este modo, ante el desarrollo actual del derecho internacional penal la exigencia de concreción del genérico principio de *nulla poena sine previa lege*, faceta insoslayable del principio de legalidad, queda, en definitiva, en manos de los distintos ordenamientos internos, que necesitarán desarrollar cualquier norma de esta naturaleza en sus leyes penales para dar cumplimiento a este principio.

Esta perspectiva permite abordar, de igual modo, lo que se ha venido a denominar “leyes penales en blanco”, esto es, aquellas leyes cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma. A este respecto, conviene subrayar, enfocando la conclusión anterior a la realidad iberoamericana, que si se acepta como proposición básica que la posibilidad de recurrir directamente en el ámbito interno a las figuras penales del derecho internacional tal como están descritas, por ejemplo, en las convenciones internacionales se encuentra vedada en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos en razón de la vigencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴⁴⁸, esta afirmación general no debe oscurecer que en determinados Estados esta premisa no se cumple, justamente en virtud de las leyes penales en blanco. Así por ejemplo, en el caso de Costa Rica, a la par que el artículo 28 de su Constitución consagra el principio de legalidad, su Código Penal prevé en su artículo 374:

“Delitos de carácter internacional: ARTÍCULO 374.- Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirigieren o formaren parte de organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas estupefacientes o realicen actos de terrorismo o infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos”.

Al margen de las consideraciones concretas sobre este caso, resulta claro que para Costa Rica con esta disposición se cumple el principio de legalidad sin la necesidad de una tipificación exhaustiva; si bien, parece igualmente predicable que la virtualidad de este tipo de leyes penales en blanco se refiere a figuras previstas en normas convencionales, ya que existe práctica unanimidad respecto a que la exigencia de ley

⁴⁴⁶ Sobre este particular, véase en la práctica española el Dictamen del Consejo de Estado número 984/93, de 9 de septiembre de 1993, sobre incorporación en el derecho español de la Resolución 827 (1993) del CS, en especial el párr. 3.

⁴⁴⁷ Precisamente, el tema aquí tratado es puesto como ejemplo de este esquema de relaciones por autores como GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 269. Otros especialistas han venido a definir el sistema derivado de este estado de cosas como de “deshoblamiento funcional”, en tanto que mientras que el derecho internacional penal define las conductas punibles que generarían la responsabilidad internacional de sus autores, los ordenamientos internos son los que proporcionan la sanción que habría de imponer al individuo responsable de las mismas. Cfr. BOLLO AROCENA, M^a. D.: “2. La responsabilidad penal internacional del individuo”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2003, pág. 53.

⁴⁴⁸ Véase, en este sentido, AMBOS K. y MALARINO, E.: “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en AMBOS, K. y MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003, pág. 580.

penal no se cubriría con la mera referencia a las normas consuetudinarias que definen un crimen de derecho internacional como ta. Conclusión que no ha de ocultar que, como bien indica Fernández Pons, “*aunque la incriminación internacional del individuo por vía consuetudinaria, como la que en su día se produjo respecto a la piratería, choque con los predicados del principio de legalidad de muchos ordenamientos nacionales (que lo entienden como reserva de ley formal), hay que reconocer que la costumbre internacional exige una práctica generalizada, constante y uniforme por parte de los Estados y su opinio iuris, con lo que se conjuran incriminaciones puramente arbitrarias como las que podrían tener lugar, en cambio, en un determinado parlamento nacional*”⁴⁴⁹.

En cualquier caso, las exigencias derivadas del principio del *nulla poena sine lege* hacen patente que, sea cual sea la técnica legislativa escogida por cada Estado, la existencia de una norma de derecho interno que desarrolle, de un modo u otro, las distintas formulaciones internacionales de los crímenes de derecho internacional se conforma en un requisito necesario.

A modo de conclusión, todo lo expuesto permite entender, ya en este momento y de una forma global, la obligación que mayoritariamente conocida bajo el rótulo de “adoptar medidas”⁴⁵⁰ puede sintetizarse en las siguientes palabras de la CPJI:

“... a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken”⁴⁵¹.

Deber que en el ámbito de este trabajo presenta la siguiente formulación convencional general:

“Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”⁴⁵².

La misma obligación es identificable en los ya referidos artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio de Ginebra, en el artículo 4.1 de la CCT, en el artículo 6 de la CICT, así como en el artículo 3 de la CIDFP; y es, sin lugar a dudas, igualmente aplicable a las conductas criminalizadas, ya por el derecho internacional consuetudinario, ya, en su caso, por los principios generales del derecho. Obligaciones todas ellas que, obvia decirlo, generarán una primera responsabilidad internacional de aquellos Estados que las incumplan.

Ahora bien, conviene finalizar este apartado aclarando que tanto todo lo anterior como esta obligación concreta no han de interpretarse, directamente, como referidas a un escenario de lucha contra la impunidad; y es que, en este sentido, conviene recordar que la persecución de muchos de los comportamientos constitutivos

⁴⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ PONS, X.: “El principio...”, *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁵⁰ La referencia a esta obligación se ajusta a las medidas propias del ámbito de este estudio, pues su contenido general va más allá de lo que estrictamente podría vincularse al derecho internacional penal. Véase, a modo de ejemplo, PLAZA VENTURA, P.: *Los Crímenes de Guerra: Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000, págs. 37-38.

⁴⁵¹ Vid. *Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N° 10, pág. 20.

⁴⁵² Vid., artículo III de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio.

de los crímenes de derecho internacional puede lograrse a través de las figuras del derecho penal común –técnica conocida como “solución cero”-. Sin embargo, esta “solución” plantea varios problemas, entre los que subyace, por un ejemplo, lo que señaló la Defensoría del Pueblo del Perú: Durante sus investigaciones había podido advertir las dificultades existentes en la calificación de las denuncias vinculadas a la comisión de ejecuciones extrajudiciales o agresiones sexuales contra la población civil por parte de agentes estatales o civiles con la aquiescencia de aquellos; y ello porque aunque los hechos mencionados resultan subsumibles en tipos penales comunes tales como el delito de homicidio calificado (artículo 108º del Código Penal) o la violación de la libertad sexual (artículo 170º del Código Penal), esta tipificación resultaba político criminalmente injusta⁴⁵³.

Así, pese a que este tipo de medidas pueda reportar alguna utilidad ante la falta de otros tipos penales adecuados, acudir a ellas plantea problemas no sólo derivados de la menor sanción penal esperable, sino, esencialmente, del régimen jurídico aplicable. Si lo único que se imputa es un delito común, el régimen para su represión será también el previsto con carácter general por la legislación penal interna, quedando desterradas todas las consecuencias de las características fundamentales de los crímenes de derecho internacional en lo relativo, por poner sólo dos ejemplos, a su prescripción o a la improcedencia de la eximente del seguimiento de órdenes superiores. De este modo, aunque resulta pertinente la mención a estas posibilidades o iniciativas, máxime en atención al generalizado recurso a ellas ante las limitaciones legislativas existentes en el ámbito geográfico de este trabajo⁴⁵⁴, resulta evidente que su análisis detallado se aleja del estricto campo de estudio de este trabajo.

2 a. 2) El momento de incorporación: La aplicación retrospectiva del derecho internacional penal.

Resulta conveniente realizar una reflexión final en este momento sobre la complementariedad general existente entre las disposiciones mencionadas y el derecho penal interno. Cualquier análisis sobre la criminalización internacional y la tipificación nacional ha de ser valorado atendiendo a algunas notas características ya señaladas de los crímenes de derecho internacional, como la imprescriptibilidad o, en el caso de la desaparición forzosa de personas, la naturaleza continuada de este crimen. No obstante, como se vio, existiendo en torno al tema de la prescripción de determinados crímenes cierta polémica aún hoy, aunque resulta muy relevante destacar que dentro de ella algunos autores han sostenido, en lo tocante a este trabajo, que en cualquier caso todo plazo de prescripción sólo habrá de ser atendido una vez desaparecido el régimen (no democrático) en el que cualquier persecución y/o acción penal no hubiera podido ser

⁴⁵³ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ: “A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, Informe Defensorial N°. 86, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004, págs. 32-33.

⁴⁵⁴ Esta cuestión volverá a abordarse en el apartado 1) del capítulo VIII.

efectivamente ejercida; esto es, una vez abierto, y en cierto modo consolidado, el proceso de transición en particular⁴⁵⁵. Esta consideración, desde una perspectiva más amplia, es igualmente compartida por el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁴⁵⁶, así como por instancias judiciales, siendo el mejor ejemplo el *caso Alfredo Forti and Debora Benchoam v. Carlos Guillermo Suárez Masón*⁴⁵⁷.

Ahora bien, sin reiterar lo ya expuesto sobre esta cuestión, la misma puede enfocarse hacia un aspecto en el que es ineludible detenerse: lo que la doctrina ha venido a denominar como “aplicación retrospectiva del derecho penal”; particular que, estrechamente relacionado con lo explicitado en el apartado 1. a) del Capítulo III, a la postre se mostrará esencial a los efectos de este estudio.

Es interesante comenzar este examen recordando que el Com.DH ha afirmado rotundamente que:

*“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar **deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores.** El Comité recomienda que se siga desplegando un esfuerzo riguroso a este respecto y que se tomen medidas para cerciorarse de que las personas que participaron en violaciones graves de los derechos humanos no sigan ocupando un empleo en las fuerzas armadas o en la administración pública”⁴⁵⁸.*

Pese a esta consideración, o acaso tratando de interpretarla correctamente, lo cierto es que enfrentar esta realidad obliga a realizar una distinción de raíz inicial entre la aplicación retrospectiva y la aplicación retroactiva de la ley penal. Mientras que la segunda estaría, en líneas generales, prohibida tanto por el derecho interno como por el derecho internacional, la primera sería aceptada como una consecuencia directa del principio de autonomía de tipificación penal del derecho internacional, y del mismo principio de legalidad en el orden internacional. Esta distinción fundamental encuentra una materialización completa, además de en otras disposiciones ya citadas, en el artículo 13 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, a tenor del cual:

⁴⁵⁵ En este sentido se manifiesta Sancinetti, si bien lo hace no negando el carácter imprescriptible de los crímenes de derecho internacional (que él califica incluso de norma de *ius cogens*), sino abogando por esta fórmula en aras de una “mayor” seguridad jurídica. Cfr. SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal...*, op. cit., pág. 12. El núcleo de su argumentación se encuentra en un trabajo anterior, SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1987, págs. 22-23, 49-50; en especial véase su nota 20 en la pág. 23.

⁴⁵⁶ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, principio 23.

⁴⁵⁷ Cfr. *United States District Court, N.D. California, Alfredo FORTI and Debora Benchoam, Plaintiffs, v. Carlos Guillermo SUAREZ-MASON, Defendant, No. C-87-2058 DLJ*, 6 de octubre de 1987, IV. STATUTE OF LIMITATIONS, párr. 15.

⁴⁵⁸ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr. 9. La negrita es mía.

“1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional”.

Desde un enfoque teórico la figura de la aplicación retrospectiva podría resumirse en la consideración de que al existir una serie de crímenes que pueden (o deben) ser perseguidos desde su aparición en el derecho internacional penal, su castigo no quedaría limitado al momento en que los mismos se recojan en el derecho penal estatal, sino que, bien al contrario, esa tipificación interna sólo debería interpretarse como un requisito necesario en clave de derecho estatal para poder aplicar “retrospectivamente” las sanciones penales correspondientes a aquellos crímenes que ya existían como tales en el derecho internacional penal.

A este respecto, frente a posiciones como las de Sancinetti, para quien la obligación de castigar crímenes como la tortura no puede alcanzar a transformar en punible un acto ya cometido, si el hecho no hubiera constituido delito según el derecho interno al momento de su comisión⁴⁵⁹, un experto como Remiro Brotons ha sostenido que la fecha decisiva para que pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a las normas internas, sino la de su cristalización en las normas de derecho internacional, pues “no hay razón alguna para hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos —miméticamente o por equivalencia— por los ordenamientos internos”⁴⁶⁰.

Si ya para algunos autores cuando los TMIs aplicaron la figura de los crímenes contra la humanidad no lo hicieron de forma retroactiva sino que, por los antecedentes ya mencionados desde la Cláusula Martens, los Estatutos de ambos tribunales tan sólo estaban codificando y aplicando unos comportamientos que ya eran criminales por violar las “leyes de la humanidad”⁴⁶¹, la práctica estatal en este sentido es, cualitativamente, notable. Resultando que en los procesos posteriores realizados en distintas instancias judiciales nacionales es posible identificar, sin lugar a dudas, la figura de la aplicación retrospectiva de la ley penal como sustento jurídico básico.

En este orden de ideas, los ejemplos van desde los procesos habidos inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial hasta causas como el caso *Eichmann*⁴⁶², los casos *Barbie*⁴⁶³, *Demjanjuk v. Petrovsky*⁴⁶⁴, *Finta*⁴⁶⁵, *Polyukhovich*⁴⁶⁶ o

⁴⁵⁹ Cfr. SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., pág. 129.

⁴⁶⁰ Vid. REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pág. 60.

⁴⁶¹ Cfr. Transcripción de la conferencia pronunciada por el fiscal Castresana en las “Jornadas contra la Tortura” organizadas por Amnistía Internacional (Grupo Valencia) y la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia el 28 noviembre 2002, en “Textos para una Justicia Universal” (puede conseguirse el texto completo a través de a.alsurdelsur@wanadoo.es).

⁴⁶² En esta causa, de enorme importancia, la cuestión radicaba no sólo en la inexistencia de tipificación penal interna en el momento de comisión de los crímenes que se juzgaban, sino en el hecho que el propio Estado que lo hacía ni siquiera existía en aquel momento. Como sentenciara la Corte Suprema de Israel en un párrafo ya célebre: “Not only do all the crimes attributed to the appellant bear an international character, but their

Bouterse⁴⁶⁷; pudiendo escogerse como ejemplo más reciente y ajustado al ámbito de este trabajo el caso *Scilingo*, en el que la Audiencia Nacional de España afirmó con rotundidad que:

“Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido (...) No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas (...), difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas.

(...)

Hemos de tener en cuenta que el principio “nullum crimen sine lege”, es, se trata, de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto. En definitiva hemos de

harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations. The State of Israel therefore was entitled, pursuant the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant. That being the case, no importance attaches to the fact that the State of Israel did not exist when the offences were committed”; y es que afirmó la Corte: “the deeds for which the appellant was convicted must be regarded as having been prohibited by the law of nations since “time immemorial”, and that from this aspect the enactment of the Law of 1950 was not in any way in conflict with the maxim nulla poena, nor did it violate the principle inherent therein.” Vid. Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo de 1962, en International Law Reports, vol. 36, 1968, pág. 304 y 283.

⁴⁶³ En realidad, el fundamento jurídico esencial fue la aceptación del carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad sobre la base de lo dispuesto en la ley francesa de 26 de diciembre de 1964, aplicando, en todo caso, la normativa fijada tras el Acuerdo de Londres de 1945 a los actos cometidos por Klaus Barbie durante la Segunda Guerra Mundial en un juicio realizado ante los tribunales franceses en 1987. Cfr. CASSESE, A.: *Los derechos...*, *op. cit.*, págs. 104-127.

⁴⁶⁴ Fundándose en el derecho a ejercer una jurisdicción universal por las violaciones del derecho de gentes y por crímenes contra la humanidad, los Estados Unidos de América, según el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones itinerante de ese país, podían aplicar la extradición a Israel, o a cualquier otro país, de un guardián de un campo de concentración nazi acusado de crímenes cometidos 40 años atrás. Cfr. ROBERGE, M.-C.: “Jurisdicción de...”, *op. cit.*

⁴⁶⁵ Sobre la base de lo dispuesto en la legislación canadiense de 1985, los tribunales de este Estado iniciaron actuaciones penales contra Imre Finta acusándole de diversos crímenes contra la humanidad cometidos en Hungría durante la Segunda Guerra Mundial; procesamiento que fue ratificado por la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Canadá de 24 de marzo de 1994. Pueden consultarse todos los documentos del proceso en <http://www.u-j.info/index/113563>.

⁴⁶⁶ Sobre la base de la *Australian War Crimes Act* de 1945 –modificada en 1988– se enjuició al acusado por los crímenes de guerra cometidos entre 1942 y 1943 cuando éste servía en el ejército alemán en Ucrania. En 1991, con motivo de las alegaciones de la defensa de Polyukhovic, la Corte Suprema de Australia, apoyándose en lo establecido en el artículo 15.2 del PIDCP, afirmó la validez de la aplicación retrospectiva discutida y desestimó la alegación presentada. Cfr. *Caso Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and another*, High Court of Australia, 14 de agosto de 1991.

⁴⁶⁷ El Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam llegó a la conclusión de que aunque en 1982 aún no se había redactado la CCT, había motivos suficientes para creer que la tortura masiva y sistemática de civiles ya se consideraba en aquel momento un crimen contra la humanidad comprendido en el derecho internacional consuetudinario, pudiendo aplicársele la legislación penal holandesa aun siendo posterior a esos hechos. Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura,” índice AI: ACT 40/024/2001, 19 de noviembre de 2001, Crímenes de lesa humanidad, en <http://www.Suriname/Surinam y jurisdicción universal en los Países Bajos/Netherlands>.

*decir aquí que desde una perspectiva internacional, existía en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas cabo durante la dictadura militar argentina por militares, Fuerzas de Seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, (...) ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no sólo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que, al margen de las posibles consecuencias o responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigible a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas*⁴⁶⁸.

Concluyendo, sobre la base de todas estas consideraciones, lo que puede estimarse como resumen de la esencia lógica de la aplicación retrospectiva de la ley penal, esto es que:

*“... no tiene ningún fundamento y carece del menor sentido, (...) que el legislador español, al introducir dicho precepto penal (art. 607 bis CP) se estaba limitando a permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes (...), dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos*⁴⁶⁹.

Del otro lado, resulta pertinente destacar que aquellas decisiones judiciales que han omitido en sus razonamientos esta circunstancia han sido abiertamente criticadas por la doctrina especializada. Por citar otro caso reciente, tras la -censurable en muchos aspectos- sentencia del Tribunal de Casación francés en el *caso Aussaresses*⁴⁷⁰, resulta un ejemplo paradigmático la atinada objeción argumentativa de Lelieur-Fischer⁴⁷¹.

En resumen, resulta por tanto infundada cualquier alegación que justifique la ausencia de persecución penal de los crímenes cometidos en el pasado por la ausencia de tipificación penal interna en aquel momento. Resultará, por el contrario, la fecha en que en la esfera internacional se haya criminalizado esa conducta el momento para determinar el punto de inicio de la persecución de ese crimen.

⁴⁶⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º. 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable. Sobre este caso, GALÁN MARTÍN, J. L.: “El *Caso Sainzo*: breve crónica judicial”, en *Revista La Ley Penal*, n.º. 25, año III, 2006.

⁴⁶⁹ Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º. 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable.

⁴⁷⁰ *Caso Aussaresses*, Sentencia de la Sala Criminal del Tribunal de Casación de Francia, 17 de julio de 2003.

⁴⁷¹ Cfr. LELIEUR-FISCHER, J.: “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour? The 2003 Decision of the French Court of Cassation in *Aussaresses*”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004, pág. 235.

2. b) *El ejercicio de la jurisdicción penal por crímenes de derecho internacional.*

2.b. 1) *Recapitulación inaugural.*

Cabría colegir de todo lo expuesto que el requisito tanto inicial como esencial para el ejercicio de la jurisdicción penal por crímenes de derecho internacional por parte de los tribunales estatales es la tipificación interna de esta clase de comportamientos, en tanto que sin figuras penales que recojan, de una forma u otra, en el ordenamiento interno este tipo de crímenes resulta imposible plantearse cualquier ejercicio jurisdiccional de estos tribunales sobre delitos que, en realidad, son inaplicables por el juez nacional. En este sentido, resulta entonces posible sostener que el verdadero reto del derecho internacional penal en su estadio de desarrollo actual es la materialización universal de la obligación de adoptar medidas que se examinó *supra*.

La ausencia de una recepción completamente satisfactoria de los crímenes de derecho internacional en el derecho interno –especialmente decepcionante, reitérese, en el ámbito de este trabajo–, podría hacer oportuno formularse la misma pregunta que se hacen Lirola y Martín, esto es: “¿qué sucede cuando el sendero primigenio conduce a un callejón sin salida, puesto que no es posible la sanción en el plano interno?”⁴⁷². La respuesta que escogen estas dos autoras se dirige hacia una jurisdicción internacional penal que, sin embargo, no resulta plenamente adecuada a los efectos del presente estudio tal y como se ha explicado; por ello, la única alternativa es enfrentar el modo en que esta incompleta legislación puede o debe aplicarse en el ámbito estatal.

En todo caso, con independencia de las deficiencias legislativas existentes ha de tenerse en cuenta una circunstancia que refuerza la pertinencia del subsiguiente análisis. Tal como se ha apuntado, tanto la imprescriptibilidad de algunos de los crímenes de derecho internacional, como la conocida como “aplicación retrospectiva” del derecho penal, al igual que el carácter de crimen continuado o permanente de la desaparición forzosa, pueden terminar por modificar la realidad existente; de tal suerte que, pudiera afirmarse, el hecho de que no existan hasta la fecha tipos penales en algunos de estos Estados que habiliten la sanción de los crímenes de derecho internacional no significará, automáticamente, que las atrocidades cometidas en el pasado no puedan ser castigadas por sus tribunales. Bastaría en realidad que esa tipificación, o al menos penalización, se diera para que desde ese momento esos crímenes pasados pudieran ser perseguidos en virtud de los tres mecanismos señalados.

Independientemente de la mayor o menor amplitud de la normativa a la que referir el estudio de la aplicación jurisdiccional de la responsabilidad internacional del individuo en estos Estados, esta triple posibilidad de materialización en los períodos

⁴⁷² *Vid.* LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte...*, *op. cit.*, pág. 2.

que aquí ocupan incrementa, definitivamente, el interés de su análisis; al que, en consecuencia, se dedicarán los siguientes apartados.

2.b. 2) Caracterización inicial del concepto de jurisdicción.

Cualquier aproximación al concepto de jurisdicción, por breve que sea, deberá enfrentar de inicio un problema terminológico sustentando en la falta de unanimidad existente en el uso de este vocablo. Así, para comenzar puede advertirse que según se analice este término desde una u otra rama del Derecho⁴⁷³ el significado del mismo variará sensiblemente⁴⁷⁴; e incluso dentro de cada una de ellas, la jurisdicción aparece configurada como un concepto polisémico. Cerezo y Montalvo, por ejemplo, enfocando esta cuestión desde el derecho procesal ponen de manifiesto ya en el principio de su trabajo que la palabra “Jurisdicción” se refiere 1) a la función o facultad de la declaración del derecho aplicable a determinada relación o situación regulada por el ordenamiento jurídico; 2) por extensión, se denomina Jurisdicción al territorio dentro de cuyo ámbito se ejercen determinadas funciones públicas; 3) la Jurisdicción en sentido estricto es una de las potestades tradicionales de la Comunidad política organizada como Estado, consistente básicamente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁴⁷⁵.

Ahora bien, en el ámbito del derecho internacional, y dejando de lado el especial uso que se hace en algunos sectores como el derecho del mar, este concepto está referido a una realidad propia que puede condensarse en las ya tradicionales palabras de Mann: “*When public international lawyers pose the problem of jurisdiction, they have in mind the State’s right under international law to regulate conducts in matters not exclusively of domestic concern*”⁴⁷⁶. De esta primera definición puede extraerse la coincidencia de este término con la palabra “competencia” o “poderes” utilizadas por la literatura continental, pudiendo concluirse que frente a la elección de estos vocablos, los autores anglosajones prefieren usar “jurisdicción” para hacer referencia a la totalidad de competencias estatales, sin ulterior distinción⁴⁷⁷.

En este orden de ideas, conviene recordar que el ya clásico Proyecto de Convención sobre la Jurisdicción respecto de Crímenes definía como jurisdicción “*the*

⁴⁷³ Algunos autores abogan incluso por desligar este concepto de una visión meramente jurídica, como BERGALI, R.: “Principios de Justicia Universal y Modernidad Jurídico-Penal”, en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, op. cit., pág. 197.

⁴⁷⁴ Aun dentro del derecho internacional, esta cuestión ha sido abordado tanto desde la perspectiva del derecho internacional público como desde la del derecho internacional privado, al presentar puntos de conexión con ambas disciplinas. A este respecto, MAIER, H. G.: “Extraterritorial Jurisdiction at a crossroads: An intersection between public and private international law”, en *AJIL*, vol. 76, núm. 2, 1982.

⁴⁷⁵ Cfr. CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 35.

⁴⁷⁶ *Id.* MANN, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, en *R. des. C.*, núm. 111, 1964-I, pág. 9.

⁴⁷⁷ Véase, por ejemplo, BROWNLEE, I.: *Principles of Public International Law*, 6ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2003, págs. 297-298.

*competence of the State (...), the international capacity of States and consequently (...) is never used to describe the competence of courts or other governmental agencies within States*⁴⁷⁸; formulación similar a la adoptada por Bassiouni en su trabajo monográfico sobre esta materia⁴⁷⁹.

No obstante, incluso si se quisiera aceptar este punto de partida, inmediatamente se observaría que los mismos tribunales internacionales⁴⁸⁰ manejan, por su parte, conceptos no siempre idénticos sobre este particular. Así, mientras que en el seno de la CIJ el juez Koroma valoraba el término jurisdicción como referido a los poderes de un Estado para afectar los derechos de las personas a través de medidas legislativas, ejecutivas o judiciales⁴⁸¹, el TPIYUG entendió que es más adecuado hablar de “competencia” en estos casos, reservándose el vocablo “jurisdicción” para el “*legal power, hence necessarily a legitimate power, 'to state the law' (dire le droit)*”⁴⁸². En sentido parcialmente similar, la CPJI en el *asunto Lotus* señalaba, por ejemplo:

*“Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory...”*⁴⁸³.

Excede del ámbito de este trabajo profundizar en esta cuestión general con vistas a establecer un concepto estándar de jurisdicción en el derecho internacional, con lo que es suficiente señalar que, pese a dificultades reseñadas, esta doble caracterización no debe obstaculizar la consideración prioritaria del término jurisdicción/competencia como el conjunto de competencias/poderes que el Estado tiene derecho a ejercer en relación con conductas que trascienden lo meramente interno; derecho cuya regulación, por tanto, habrá de venir determinada por el propio derecho internacional⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Vid. “*Draft Convention on Jurisdiction with respect crimes*”, en *AJIL*, vol. 29, núm. 3, 1935, pág. 467.

⁴⁷⁹ Cfr. BASSIOUNI, M. C.: “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, en MACEDO, S. (ed.): *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2004, pág. 40.

⁴⁸⁰ Sobre el concepto manejado por los tribunales internos, cabe señalarse que el uso común del mismo se refiere a lo que el Tribunal Supremo español ha definido recientemente, en relación con la causa por el genocidio cometido en Guatemala, como “*la facultad o potestad de juzgar, esto es, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al ius puniendi que la ley le atribuye.*” Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N.º 327/2003, Fundamento de Derecho Primero. Desde una perspectiva más cercana al derecho internacional, resulta interesante la utilización de este término en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, máxime al estar referida a la situación de los presos en la base de Guantamo, en el *caso Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, Supreme Court of the United States, No. 03-334, 28 de junio de 2004; posición similar a la sostenida por un tribunal internacional como el TEDH en el *caso Loizidou v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 52.

⁴⁸¹ Cfr. Opinión Separada del Juez Koroma en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J. Reports 2002, párr. 5.

⁴⁸² Vid. *Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párr. 10.

⁴⁸³ Vid. *asunto Lotus*, P.C.I.J. Series A, N.º 10., pág. 19.

⁴⁸⁴ En este sentido, GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A.: *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2000, págs. 73-75; MANN, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in...”, *op. cit.*, págs. 9-15.

Si aun acogiendo este concepto general resulta problemático, como se ha visto, encontrar una definición específica incontrovertida, también lo es la determinación de qué tipos de competencias se incluyen dentro del mismo. En este punto, son dos las posiciones mayoritarias, de un lado, tal y como dispone una tradición bien asentada, aquéllos que distinguen en este ámbito entre las competencias ejecutivas, legislativas y judiciales, y del otro, aquéllos que se decantan por tan sólo diferenciar entre competencias o jurisdicciones legislativas y ejecutivas⁴⁸⁵. En lo que aquí ocupa, habría que decantarse por la primera distinción, que además a los efectos de este trabajo habría que circunscribir materialmente a las competencias penales. De este modo, si junto a esta primera limitación se deja por el momento de lado la faceta ejecutiva, se tendría que la jurisdicción legislativa haría referencia a la competencia del Estado para aplicar su normativa penal a los crímenes de derecho internacional, y la competencia judicial implicaría la potestad del Estado de atribuir jurisdicción a sus tribunales sobre los crímenes de derecho internacional.

No obstante, esta distinción teórica resulta innecesaria en el ámbito que aquí interesa, en tanto que es una máxima del derecho penal la identidad entre *ius* y *forum*, esto es, el hecho de que la única legislación penal aplicable por los tribunales estatales es la ley penal de ese Estado; pues como declarara el célebre Juez Marshall, ninguna corte de ningún país del mundo aplica el derecho penal de otro.

Desde esta perspectiva, el término jurisdicción podría ir acotándose, en el contexto de este estudio, de tal forma que permitiera distinguirlo de otras acepciones también relevantes para el mismo. Así, habría que comenzar por asimilar el concepto de jurisdicción al de competencia o poderes del Estado, y desde este punto, concretarlo dirigiéndolo específicamente a la competencia del Estado para dotar de jurisdicción a sus tribunales; para finalmente referirlo a la jurisdicción penal de estos tribunales respecto de los crímenes de derecho de internacional⁴⁸⁶.

A partir de lo anterior, habría que concluir que mientras que no presenta ningún problema aceptar que el Estado, como soberano que es, goza de competencia para dotar a sus tribunales de jurisdicción, ni tampoco parece existir el menor obstáculo para admitir la atribución a éstos del *ius punendi* que le es propio, las dificultades podrían plantearse respecto a esta atribución para determinados crímenes dotados de unas características singulares, como son los crímenes de derecho internacional.

⁴⁸⁵ Ésta es la posición, por ejemplo, de Mann en su trabajo: "The Doctrine of Jurisdiction in...", *op. cit.*, y en el más reciente: "The Doctrine of International Jurisdiction after twenty years", en *R. des. C.*, núm. 186, 1984-III. Sobre estas clasificaciones, ABAD CASTELOS, M.: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997, págs. 224-226.

⁴⁸⁶ En este orden de ideas, resulta pertinente reproducir alguna de las reflexiones de un trabajo muy completo sobre esta materia de Blakesley. Para este autor, "jurisdiction is the means of making law functional. Neither international law nor domestic law can have any immediate impact on a criminal, unless legislative, adjudicatory, and enforcement jurisdiction obtain. Moreover, any international definition of crime and any action against it make no practical sense, except in relation to jurisdiction, the only practical means for translating law to reality." *Vid.* BLAKESLEY, C. L.: "Extraterritorial Jurisdiction", en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. II, Transnational Publishers, Nueva York, 1999, pág. 36.

Enfrentar esta cuestión permitirá, entre otras cosas, examinar una primera realidad como es que las especiales connotaciones de estos comportamientos podrían hacer que lo que es un derecho del Estado se convierta en una obligación -si en ese sentido ha consentido; al mismo tiempo que la propia naturaleza y fundamento de estos crímenes, hará posible el análisis de la existencia, ya de una obligación ya de una facultad, en relación con la extensión de esa jurisdicción a situaciones acaecidas más allá de las fronteras estatales.

Adoptando este enfoque general, conviene recordar finalmente que frente a la heterogeneidad de obligaciones existentes en el ámbito de la responsabilidad internacional del individuo, se erige la existencia indubitada en el derecho internacional general tanto de un criterio básico de atribución de jurisdicción a los tribunales estatales sobre la base de la territorialidad⁴⁸⁷, como de otra serie de fundamentos que justificarán una aplicación extraterritorial de la misma. Desglosando lo anterior, puede afirmarse el reconocimiento unánime de cuatro principios básicos de atribución de competencias jurisdiccionales, como son el principio de territorialidad, el de personalidad activa y el de personalidad pasiva, el de protección y el de jurisdicción universal. De entre todos ellos, el criterio esencial de estudio para este trabajo es el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales sobre la base del principio de territorialidad, en tanto que este análisis centra su atención en el modo en que los países iberoamericanos han sancionado los crímenes de derecho internacional cometidos, básicamente, por sus gobiernos autoritarios anteriores a sus procesos de transición; lo que no impide reconocer el interés del resto de principios respecto a determinados comportamientos criminales, así como, muy especialmente, en relación con la influencia que en estos procesos ha tenido el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de otros Estados.

2.b. 3) Ejercicio de la jurisdicción penal basado en el principio de territorialidad.

En líneas generales puede señalarse que es una consecuencia inherente a la soberanía territorial del Estado el conjunto de poderes que éste ejerce sobre su territorio; poderes que, según la doctrina más autorizada, se vinculan en su expresión más evidente a la facultad de legislar para la totalidad de su territorio, en la competencia jurisdiccional ejercida por sus tribunales de justicia, y en el monopolio del poder coactivo dentro de ese ámbito; constituyendo además el contenido más importante y amplio de los poderes cuyo ejercicio reconoce el ordenamiento internacional a todos los Estados⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Resulta de interés general, aunque no sea cuestión estrictamente propia de este trabajo, atender a los desarrollos recientes sobre este concepto -previando la influencia que esta jurisprudencia podrá tener en otros ámbitos geográficos-, en ROZAKIS, CH. L.: "How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-Law on the Concept of Jurisdiction", en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas..., op. cit.*

⁴⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de..., op. cit.*, págs. 548-549.

En lo que respecta específicamente a la jurisdicción penal de los tribunales internos, el principio de territorialidad, esto es, el principio según el cual el lugar de comisión del crimen determina la jurisdicción de los tribunales estatales, se configura como elemento esencial de atribución, siendo que el mismo se caracteriza como la base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y más recomendable, la conexión más natural de la jurisdicción penal⁴⁸⁹. El carácter protagónico del mismo se ha fundamentado tanto en referencias a la soberanía estatal⁴⁹⁰ como en consideraciones fácticas⁴⁹¹; si bien, tal y como se ha visto, su virtualidad en el ámbito de este trabajo bien podría encontrarse en lo que anteriormente se caracterizó bajo el rótulo de la obligación de “adoptar medidas”. Desde esta perspectiva, la existencia de jurisdicción territorial sobre los crímenes de derecho internacional podría deducirse de su tipificación en los ordenamientos internos, siendo que si los Estados incorporan en sus legislaciones penales estos crímenes, automáticamente gozarán sus tribunales de jurisdicción sobre los mismos⁴⁹².

Al margen de esta vía de atribución de jurisdicción *indirecta*, cabe mencionar que los mismos instrumentos internacionales disponen la obligación de los Estados de no sólo tipificar esos crímenes, sino de establecer su jurisdicción penal sobre ellos con base al principio de territorialidad. Así aparece expresamente consignado en el artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, el artículo 5.1 de

⁴⁸⁹ A este respecto, REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet...*, *op. cit.*, pág. 47. Otros autores, lo califican como “el criterio de conexión fundamental y básico para la aplicación de las normas penales” (*vid.* DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 31); principio entendido de igual modo como “absolutamente insoslayable” (*vid.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANA DÍEZ, M.: *Instituciones de Derecho penal español*, CESEJ – Ediciones, Madrid, 2004, pág. 101). Para una visión de la legislación iberoamericana, AMBOS, K.: “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, en *Revista Penal*, n.º. 10, julio 2002, págs. 130-138.

⁴⁹⁰ Aunque este fundamento es también mencionado por los autores que abordan esta cuestión desde el derecho interno, su relación más estrecha se encuentra en las consideraciones ya realizadas propias del derecho internacional. Desde esta perspectiva, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 25.

⁴⁹¹ Así, por ejemplo, desde una valoración común que puede resumirse en que “la ley penal importa un ejercicio de la soberanía del Estado, lo mismo que el resto de la legislación estatal. En consecuencia, su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional el ejercicio de la soberanía” (*vid.* BACIGALUPO, E.: *Principios de...*, *op. cit.*, pág. 112), se señalan otros fundamentos que van desde el interés del Estado en el mantenimiento del orden público (*cfr.* MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 21), el “desinterés” de los Estados en sancionar conductas cometidas fuera de su territorio (*cfr.* JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 751), pasando a consideraciones sobre su mayor conveniencia en relación con la prevención general y especial, hasta llegar a razones prácticas como que sólo en el lugar de comisión del crimen es posible recoger las pruebas y juzgar con acierto (*cfr.* CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 240; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 151), o que la mejor garantía de los derechos individuales es conocer la ley del Estado donde se cometió la infracción. Incluso, se han alegado motivos económicos como que la realización del juicio en otro Estado, los gastos de traslado de los testigos, las inspecciones oculares, peritajes, etc., serían demasiado elevados, obstaculizando así una buena administración de la justicia (*cfr.* VIEIRA, M. A.: *El Delito...*, *op. cit.*, pág. 41).

⁴⁹² No hay que confundir, en este punto, jurisdicción y competencia de estos tribunales. Mientras que la existencia de jurisdicción territorial penal puede deducirse de la tipificación de estos crímenes, no así la competencia de uno u otro tribunal interno, particular que requerirá de una posterior medida normativa de distribución de competencias.

la CCT y 12. a) de la CICT, así como en el artículo 4. a) de la CIDFP; de igual modo, esta obligación puede extraerse de lo dispuesto en los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio.

Resulta oportuno aclarar, no obstante, que pese a la parquedad de algunas de estas previsiones el principio de territorialidad ha ido evolucionando hasta comprender no sólo a aquellos crímenes perpetrados, de forma completa, en el territorio estatal, sino también aquellos comportamientos criminales iniciados en el territorio de un Estado. Esta distinción responde a lo que en la doctrina se ha venido a denominar como territorialidad objetiva y subjetiva, esto es, la diferenciación entre el territorio donde inició la comisión del delito (territorialidad subjetiva), y el lugar donde se producen los efectos del delito (territorialidad objetiva); resultando, en definitiva, que ambos criterios son considerados como incluidos bajo el principio de territorialidad⁴⁹³.

Esta circunstancia, que resulta especialmente relevante respecto a algunos de los crímenes de desaparición forzosa que se examinarán más adelante, encuentra una clara plasmación en el ya citado Proyecto de Convención sobre Jurisdicción; documento que pese a su carácter privado y antigüedad, puede ser considerado como uno de lo más completos en esta materia, y cuya influencia en este ámbito no debe ser minusvalorado. Así, en base a su artículo 3:

“Territorial Jurisdiction. A State has jurisdiction with respect to any crime committed in whole or in part within its territory. This jurisdiction extends to: a) Any participation outside its territory in a crime committed in whole or in part within its territory; and b) Any attempt outside its territory to commit a crime in whole or in part within its territory”.

En todo caso, como conclusión hay que subrayar no parece quedar lugar a dudas para afirmar que los Estados tienen la obligación tanto de tipificar los crímenes de derecho internacional en su ley penal, como de establecer la jurisdicción de sus tribunales sobre ellos cuando han sido cometidos en su territorio; circunstancia que, conviene reiterarlo, es la regla general a atender en los procesos que se abordan en este estudio.

2.b. 4) Ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal: Especial referencia a la jurisdicción universal y la interacción entre principios.

Ya se ha adelantado la existencia de otros principios de atribución de jurisdicción a los tribunales estatales más allá del principio de territorialidad; principios

⁴⁹³ Esta distinción se justifica en la posición inicial adoptada por las dos opciones doctrinales mayoritarias: la de la teoría de la actividad y la de la teoría del resultado. Conforme a la primera, el crimen se ha cometido allí donde el autor ha realizado su acción, mientras que para la segunda el lugar donde éste despliega sus efectos ha de estimarse como el lugar de comisión del crimen. Ambas posiciones, finalmente, han sido superadas por la teoría de la ubicuidad, con arreglo a la cual puede considerarse cometido el crimen tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado.

cuya primera plasmación completa en un texto legal suele identificarse en el Código penal austriaco de 1803. Ahora bien, en el ámbito del derecho internacional resulta obligada la referencia a lo que 1927 estableciera la CPJI en el *asunto Lotus*, cita cuya importancia justifica su extensión:

"In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contain a general prohibition to States to extend the application of their laws and jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as a exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable..."

*In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty"*⁴⁹⁴.

Pese a que el Tribunal pareció decantarse por la existencia de una libertad absoluta para extender la jurisdicción de los tribunales estatales extraterritorialmente, con la sola excepción de la existencia de alguna norma prohibitiva en sentido contrario, lo cierto es que en un ejercicio rozando en lo esquizofrénico terminó por basar su argumentación más en la existencia de estas normas permisivas que en el análisis riguroso sobre la existencia de normas prohibitivas⁴⁹⁵. De este modo, aunque en lo referente al asunto particular la posición de la Corte no fue acogida ya en el posterior Convenio de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958⁴⁹⁶, esta contradicción general no ha sido posteriormente aclarada por la CIJ hasta la fecha de hoy⁴⁹⁷; circunstancia que ha hecho que parte de la doctrina se incline por sostener la tesis inicial, esto es, la existencia de una justificación general para que el Estado pueda ejercer en su territorio

⁴⁹⁴ *Vid. asunto Lotus, P.C.I.J. Series A, N° 10.*, págs. 18 y 19.

⁴⁹⁵ *Cfr. Ibid.*, págs. 22-23.

⁴⁹⁶ Convenio sobre el Alta Mar, hecho en Ginebra el 29 de abril de 1958, en BOE de 24 de diciembre de 1971. Véase especialmente su artículo 11. En relación con este aspecto y algunas cuestiones que aquí se tratan, resulta de interés consultar la sentencia del Tribunal Constitucional de España en el caso del "Archangelos", Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 10 de febrero de 1997, Sentencia N° 21/1997. Para un completo análisis de la misma, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 356-364.

⁴⁹⁷ Aunque hubiera sido de esperar que la CIJ abordase la cuestión de la jurisdicción en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000*, finalmente el debate se circunscribió a la inmunidad del Sr. Yedoria Ndombasi, aceptándose, aun bajo suposición de trabajo, la jurisdicción de los tribunales belgas para enjuiciar al entonces Ministro de Asuntos Exteriores congoleño. No obstante, hay expertos que han extraído de algunos pasajes de esta sentencia la convalidación del principio de jurisdicción universal en casos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (cfr. FERRER LLORET, J.: "Impunidad versus...", *op. cit.*, pág. 321). Con todo, quizá hasta la fecha en que la CIJ resuelva la demanda presentada por el Congo contra Francia a finales de 2002, esta cuestión permanecerá abierta para y en la Corte.

una jurisdicción extraterritorial, que sólo decaería en caso de probarse la vigencia de una norma que prohibiese tal extensión⁴⁹⁸, mientras que para otros autores la conclusión a extraer a la vista de la práctica y la normativa internacional sería la tesis de la necesidad de una norma permisiva que faculte a los Estados a extender su jurisdicción penal más allá de su territorio⁴⁹⁹; siendo posible, finalmente, encontrar opiniones que comparten en cierto modo ambas posiciones⁵⁰⁰.

En todo caso, suele ser referente en este ámbito lo sostenido por el TEDH:

“...from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant Status (...). Accordingly, for example, a State's competence to exercise jurisdiction over its own nationals abroad is subordinate to that State's and other States' territorial competence (...). In addition, a State may not actually exercise jurisdiction on the territory of another without the latter's consent, invitation or acquiescence, unless the former is an occupying State in which case it can be found to exercise jurisdiction in that territory, at least in certain respects (...). The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case...”⁵⁰¹.

Estos argumentos del TEDH situaría el punto de atención en la segunda de las tesis expuestas, y así, si bien el carácter de la primera plantea, quizá, menores problemas de investigación, resulta desde mi punto de vista más adecuado, cuanto menos a efectos expositivos, valorar la virtualidad de los principios enunciados *supra* en la búsqueda de normas de derecho internacional que los recojan como criterios de atribución de jurisdicción penal respecto de los crímenes de derecho internacional que aquí interesan.

⁴⁹⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, I.: “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, en *La Ley*, vol. 2, 2004, pág. 1637. En este mismo sentido, de una formulación general, como la de Bantekas y Nahs: “*unless a prohibitory international rule to the contrary exists, a State may assert any form of jurisdiction over an alleged offence*” (vid. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International...*, op. cit., pág. 159), Henzelin extrae la conclusión inmediata, “*tout Etat qui veut se plaindre d'une telle application du principe de l'universalité doit ainsi prouver son illégalité au vu du droit international, coutumier ou conventionnel.*” Vid. HENZELIN, M.: *Le Principe...*, op. cit., pag. 147. En la práctica jurisdiccional reciente ésta es la opinión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, Sentencia N°. 237/2005, 26 de septiembre de 2005, Fundamento Jurídico Quinto.

⁴⁹⁹ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, op. cit., págs. 30-32. En sede jurisdiccional, ésta fue la tesis sostenida, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N°. 327/2003, Fundamento de Derecho Séptimo.

⁵⁰⁰ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión”, Documento de las Naciones Unidas: /CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 octubre de 1997, principios 20 y 22.

⁵⁰¹ Vid. Decisión sobre la admisibilidad del asunto *Vlastimir and Borke BANKOVIC, Živana STOJANOVIC, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIC and Dragan SUKOVIC against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, 12 de diciembre de 2001, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párrs. 59-61.

No obstante, ya se ha advertido que no es éste el objeto del presente estudio, con lo que desde este punto de partida tan sólo resulta oportuno realizar algunas consideraciones generales que permitan posteriormente fundamentar algunas reflexiones sobre la interacción entre estos principios.

Desde este enfoque general, resulta común encontrar la enunciación de tres principios de atribución de jurisdicción penal extraterritorial, como son el de nacionalidad activa y pasiva, protección y jurisdicción universal⁵⁰²; siendo que en el ámbito del derecho internacional se ha buscado el fundamento del primero de ellos en la población como un elemento constitutivo del Estado⁵⁰³, y del segundo en la organización política y en sus intereses esenciales⁵⁰⁴, mientras que el tercero es, en principio, considerado como propio y dimanante de la misma naturaleza de los crímenes de derecho internacional⁵⁰⁵.

Manteniendo el esquema expuesto cabría analizar el modo en que estos principios se recogen en las disposiciones relativas a los crímenes de derecho internacional; pudiendo escogerse de inicio la CCT como el instrumento convencional que en el ámbito de este trabajo contiene el catálogo más completo⁵⁰⁶. Según su artículo 5:

“1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su

⁵⁰² Otros autores recogen también el “principio de representación” (cfr. BACIGALUPO, E.: *Principios de...*, *op. cit.*, págs. 119-120), “principio de justicia supletoria” (cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal...*, págs. 203-209), o el “principio de beligerancia” (cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 37).

⁵⁰³ Otros especialistas formulan fundamentos distintos como el primado de las nacionalidades, el deber de fidelidad del ciudadano, el derecho de representación o razones de índole pragmático (cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal...*, págs. 101-105); así como, para el principio de personalidad activa, la obediencia exigida al súbdito de un Estado respecto a la legislación de éste (cfr. BACIGALUPO, E.: *Principios de...*, *op. cit.*, pág. 118), evitar la impunidad de los ciudadanos que se refugian en su país tras delinquir en el extranjero (cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 206), o el mantenimiento de las buenas relaciones internacionales y la protección de los nacionales frente a la jurisdicción extranjera, y para el principio de la protección pasiva, la protección por el Estado de sus nacionales en el extranjero (cfr. ABAD CASTELOS, M.: *La toma de...*, *op. cit.*, págs. 242-243, 259).

⁵⁰⁴ De igual modo que en el caso anterior, pueden encontrarse otros fundamentos en la doctrina, como la autotutela penal de los bienes e intereses jurídicos del Estado o la desprotección de los mismos en la legislación extranjera, así como en una suerte de legítima defensa del Estado sobre los actos que atentan contra esos bienes e intereses (cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal...*, págs. 135-137); fundamentos que para otros autores pueden resumirse en la naturaleza del bien jurídico y en la ausencia de protección por las jurisdicciones de otros Estados (cfr. ABAD CASTELOS, M.: *La toma de...*, *op. cit.*, pág. 248).

⁵⁰⁵ Para otros fundamentos, BLANCO CORDERO, I.: “Crisis...”, *op. cit.*, págs. 1640-1642; DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal...*, págs. 175-177; VIEIRA, M. A.: *El Delito...*, *op. cit.*, págs. 145-147.

⁵⁰⁶ La elección de este texto se justifica en su carácter universal, pues tanto la CICT como la CIDFP presentan regímenes similares, aunque no idénticos. Véanse el artículo 12 de la CICT y el 4 de la CIDFP.

jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.”

En realidad, tan sólo el régimen convencional dispuesto para la tortura y la desaparición forzada de personas puede considerarse como asimilable a los efectos aquí tratados, ya que, como se vio, las normas convencionales relativas a los crímenes de guerra y el genocidio contienen previsiones no coincidentes con la expuesta, que van desde la genérica y amplia previsión de los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio, hasta el extraordinariamente limitado enunciado del artículo IV de la Convención contra el genocidio⁵⁰⁷.

Resultado de este estado de cosas podría ser la constatación de que, salvo para los crímenes de tortura y de desaparición forzosa de personas -con la matización hecha-, los principios de personalidad activa y -aun con carácter facultativo- pasiva han de ser descartados como criterios generales para los crímenes de derecho internacional, consideración que ha de extenderse a todos ellos respecto al principio de protección, por responder a supuestos alejados de los que aquí ocupa⁵⁰⁸; sin perder de vista, en todo caso, que el inciso final de la disposición recogida deja un amplio margen a la legislación nacional en este punto; margen sobre el que como se verá es posible fundamentar otros títulos de atribución jurisdiccional.

Ahora bien, dejando de lado por el momento las implicaciones de esta última consideración, cabe preguntarse directamente: qué ocurre respecto al principio de jurisdicción universal, criterio de atribución que se esgrime como connatural a los crímenes de derecho internacional y a la responsabilidad internacional del particular; siendo considerado por algunos autores, además, como la técnica más utilizada, comparativamente, para evitar la impunidad de los responsables de estos crímenes⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Para especialistas tan destacados como Gómez Benítez esta previsión, junto a la omisión de los grupos políticos del ámbito de la Convención, pueden evaluarse como “*la causa fundamental de la constante inaplicación e ineficacia práctica de la Convención de 1948.*” Vid. GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: “El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad”, en GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pág. 223. Consúltense, sobre este particular, las alegaciones del prestigioso, aunque ignorado, Informe Withaker: SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “Report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985. Sobre los motivos que justificaron esta limitación, véase SCHABAS, W. A.: “National Courts...”, *op. cit.*, 42-44.

⁵⁰⁸ Aunque bajo una suerte de reformulación, el Tribunal Supremo de España ha manejado la pertinencia de este principio en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N.º 327/2003. Esta consideración ha sido posteriormente corregida por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º 237/2005, especialmente Fundamento Jurídico Noveno. En la doctrina, es interesante la interpretación que hace CASSESE, A.: “When May Senior...”, *op. cit.*, pág. 859-862.

⁵⁰⁹ Cfr. BASSIOUNI, M. C.: “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 1, 2001, pág. 82.

La caracterización que se realizó sobre el fundamento de la responsabilidad internacional del individuo y, desde este enfoque, de los crímenes de derecho internacional llevaría como consecuencia lógica y directa a tener que sostener la necesaria jurisdicción de todos los Estados de la Comunidad Internacional, en tanto que carecería de sentido que el bien jurídico tutelado en los mismos perteneciera a esa Comunidad al tiempo que sólo algunos de los Estados de la misma pudieran, a través de sus tribunales, sancionar los comportamientos que atentaran contra ese bien o bienes. De esta realidad resultaría que el principio de jurisdicción universal sea definido, por atender a una de sus formulaciones más completas, como aquél en virtud del cual se asigna competencia a las autoridades de un Estado para la represión de delitos que, independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales o supranacionales de especial importancia, y que por ello trascienden la esfera de intereses individuales y específicos de uno o varios Estados en particular⁵¹⁰.

Sin embargo, del soporte convencional reseñado sólo es posible deducir que este principio es aplicable, con reservas, a los crímenes de guerra⁵¹¹, a la tortura y a la desaparición forzada de personas en el marco de la obligación de juzgar o extraditar; limitación que pareciera totalmente incompatible con todo lo expuesto.

Llegados a este punto, cabría variar la perspectiva del análisis; y así, si se enfoca esta cuestión no desde un examen individualizado de cada uno de los distintos crímenes que podrían dar lugar al surgimiento de jurisdicción universal, sino desde un análisis transversal a todos ellos, de la falta de una disposición común para todos los crímenes de derecho internacional en las normas convencionales no debería extraerse que la conclusión a la que se dirigen los argumentos presentados sobre el fundamento de la responsabilidad internacional del individuo y/o de los crímenes de derecho internacional pertenezca, en exclusiva, al mundo de la lógica; en la esfera de lo jurídico es posible encontrar distintas tesis que la fundamentan igualmente.

La vía principal a considerar sería el derecho internacional consuetudinario, en el entendimiento de que en éste se encontraría un título de atribución de jurisdicción penal universal para todos los crímenes de derecho internacional considerados. Esta

⁵¹⁰ Ésta es la definición de SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 40.

⁵¹¹ La poca concreción a este respecto de los Convenios de Ginebra ha llevado a algunos autores a defender que, en realidad, lo que se establece en ellos es un criterio de atribución de jurisdicción bajo el principio de beligerancia (cfr. RÖLING, B. V. A.: "The Law of War and the National Jurisdiction since 1945", en *R. des C.*, núm. 100, 1960-II, pág. 361). Con anterioridad, otros expertos habían abogado incluso por una analogía con la prevista para la piratería (cfr. COWLES, W. B.: "Universality of Jurisdiction over War Crimes", en *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945, pág. 1945, en especial pág. 194); y es que en definitiva, como afirma Bassiouni, "there are no provisions in these conventions (de Ginebra y sus Protocolos Adicionales) that specifically refer to universal jurisdiction (...) Customary international law as reflected by the practice of states does not (...) mean that universal jurisdiction has been applied in national prosecutions (...). The recognition of universal jurisdiction for war crimes is essentially driven by academics and experts' writings"; si bien, como concluye este autor, "there is nothing in the Law of Armed Conflict that prohibits national criminal jurisdiction from applying the theory of universality. It can be argued that the general obligations to enforce, which include the specific obligations to prevent and repress "grave breaches" of the 1949 Geneva Conventions and Protocol I, allow states to expand their jurisdiction to include the theory of universality." *Vid.* BASSIOUNI, M. C.: "The History of...", *op. cit.*, págs. 50-52.

posición es sostenida por experto de la talla de Mariño Menéndez en relación con la tortura⁵¹², resultando, en todo caso, especialmente interesante cuando es referida a aquellos crímenes en los que este criterio de atribución jurisdiccional no presenta un claro soporte convencional. En este sentido se han manifestado, parcialmente, la CDI⁵¹³, así como varios especialistas⁵¹⁴; aunque esta posición ha sido cuestionada por otra parte de la doctrina⁵¹⁵.

En cierto sentido vinculada a esta tesis se encuentra otra que ha adquirido una aceptación cada vez mayor en los últimos tiempos –y muy sensiblemente desde la sentencia del TPIYUG en el asunto *Furundžija*⁵¹⁶-. Resulta una síntesis idónea de la misma lo expuesto por Lord Millet en la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 sobre el caso Pinochet:

*“In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a jus cogens. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order. Isolated offences, even if committed by public officials, would not satisfy these criteria”*⁵¹⁷.

⁵¹² Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “La Convención contra la Tortura”, en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, págs. 253-254.

⁵¹³ Aunque no de una forma absolutamente clara, pues posteriormente se refiere al carácter de los crímenes. Véase, Comentario 8 al artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁵¹⁴ Así, por ejemplo, BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against...*, *op. cit.*, págs. 499-503; CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 293-295; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000, págs. 64-65; GRADITZKY, T.: “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*; MERON, T.: “Is International Law Moving towards Criminalization?”, en *EJIL*, vol. 9, n.º. 1, 1998, págs. 21-22; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *Delitos de...*, *op. cit.*, pág. 172; VILLALPANDO, S.: “L’affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L’apport au droit international de la decision de la Chambre des Lores du 24 mars 1999”, en *RGDIP*, vol. 104, n.º. 2, 2000, en especial pág. 410. Una argumentación curiosa puede encontrarse en TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: “Competencia judicial penal de los tribunales españoles para conocer delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica”, en *AHLADI*, vol. 13, 1997, págs. 509-512. Este autor entiende que para poder ejercer la jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio sería preciso denunciar el Convenio contra el genocidio pues en él sólo se establece el principio de territorialidad como criterio de atribución de jurisdicción penal. Esta afirmación supone aceptar, al tiempo, que la norma convencional prohíbe el ejercicio de la jurisdicción universal, mientras que, posiblemente, en el derecho internacional consuetudinario existe una previsión facultativa en sentido contrario. En el fondo, esta aseveración parece ignorar la interacción entre las normas convencionales (y su proceso de elaboración) y las consuetudinarias, resultando, cuando menos, un descuido afirmar a la vez que la práctica totalidad de los Estados de la Comunidad Internacional han manifestado su consentimiento sobre un texto que prohíbe el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el genocidio, y al mismo tiempo sostener la existencia de una norma consuetudinaria que, justamente, permite lo que aquélla proscribiera.

⁵¹⁵ La razón principal es la dificultosa caracterización de la práctica estatal como general, uniforme y constante. Véase, por ejemplo, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pag. 372.

⁵¹⁶ Cfr. *Caso Prosecutor v. Furundžija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, en especial véase párr. 156.

⁵¹⁷ *Vid. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) ex parte Pinochet (respondent); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) ex parte Pinochet (respondent), (on appeal from a divisional court of the*

De este modo, del carácter de derecho imperativo de las normas que prohíben, recuérdese a nivel inter-estatal, la comisión de determinados crímenes de derecho internacional se extraería la facultad de todos los Estados de la Comunidad Internacional para fundamentar una jurisdicción universal en aras a sancionar conductas que, bajo criterio de gravedad y extensión cuantitativa, a todos ellos atacan, lesionando los valores que ellos mismos han reconocido como esenciales. Esta posición, cuyos presupuestos han sido ya criticados, es abiertamente discutida por otros especialistas⁵¹⁸, pese al notable predicamento alcanzado.

Discurriendo por una senda parcialmente similar, puede identificarse una tercera vía para justificar la existencia de jurisdicción universal sobre todos los crímenes de derecho internacional. De entre todos los ejemplos seleccionables, los argumentos expuestos en la sentencia de la Audiencia Nacional española en la causa contra Scilingo pueden ser escogidos como especialmente significativos a los efectos de este trabajo. En este caso, la Audiencia afirmó que:

*“... los grandes crímenes internacionales (crímenes de guerra, crimen de agresión, crimen contra la Humanidad, crímenes de guerra) **generan responsabilidad individual penal (principio de responsabilidad individual penal), que no sólo existe en virtud de la actuación del principio de territorialidad penal, sino que es propiamente internacional.** Es decir, de ello debemos extraer una doble consecuencia: Son de general observación y constituyen normas penales universales fuentes de obligaciones penales individuales, sancionable jurídicamente la trasgresión de su prohibición o mandato. Determina una excepción al principio de territorialidad, a favor de la competencia *uti universi* de los tribunales internos, en determinados supuestos, constituyendo un título válido internacionalmente para ejercer la propia jurisdicción, sin que suponga un acto *ultra vires* o más allá de las competencias del Estado en concreto (...). Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual”⁵¹⁹.*

queen's bench division), de 24 de marzo de 1999, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudgmt.htm>.

⁵¹⁸ El principal argumento de esta crítica ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad en este trabajo, en tanto que como ha señalado una voz mucho más autorizada: “*The norm prohibiting genocide, as a norm of jus cogens, establishes obligations of a State toward the international community as a whole, hence by its very nature it is concern of all States (...). To that effect, and only to that effect, the concrete norm is of universal applicability (...). The position is different, however, when it comes to the implementation or enforcement of the norm of genocide prohibition.*” *Vid.* Opinión disidente del juez Krea en el asunto *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, excepciones preliminares (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports 1996, párr. 101. En la doctrina, entre otros, BARTRAMS, S. B.: “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”, en *New England Law Review*, vol. 35, 2001, en especial pág. 393.

⁵¹⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia Nº. 16/2005, 3. Consecuencias directas derivadas del principio de responsabilidad individual penal internacional por crímenes contra la humanidad y 5. Sobre la aplicabilidad general los crímenes contra la humanidad. En este mismo sentido, véase el principio 1 de los influyentes *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (puede encontrarse una reproducción de estos principios, en MACEDO, S. (ed.): *Universal... op. cit.*, págs. 18-25; para un comentario sobre los mismos, véanse págs. 26-35. Existe igualmente una versión electrónica completa de la publicación en http://www.law.uc.edu/morgan/newsdir/unive_jur.pdf). En la doctrina, es interesante la línea argumental que utiliza CASSESE, A.: “When

Desde esta perspectiva, lo que primaría es el carácter internacional de estos crímenes, así como la naturaleza de la responsabilidad individual que se deriva de ellos; constituyendo títulos en los que fundamentar una atribución jurisdiccional a todos los tribunales de la Comunidad Internacional. No obstante, de nuevo, éste no es un argumento alejado de toda polémica⁵²⁰.

Finalmente, tal y como se apuntó, otros expertos han abogado por la defensa de la cláusula final contenida en varias de las normas convencionales referidas⁵²¹ como asidero para fundamentar la atribución de jurisdicción universal; denominando a esta posibilidad, ya “jurisdicción universal subsidiaria”⁵²², ya “jurisdicción universal implícita”⁵²³. A este respecto, por ejemplo, en el caso de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000, el juez Van Den Wyngaert sostuvo que:

“60. In order to assess the “permissibility” of universal jurisdiction for international crimes, it is important to distinguish between jurisdiction clauses and prosecution (*aut dedere aut judicare*) clauses in international criminal law conventions.

61. The jurisdiction clauses in these Conventions usually oblige States to provide extraterritorial jurisdiction, but do not exclude States from exercising jurisdiction under their national laws. Even where they do not provide universal jurisdiction, they do not exclude it either, nor do they require States to refrain from providing this form of jurisdiction under their domestic law. The standard formulation of this idea is that “[t]his Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law (...).

62. The prosecution clauses (*aut dedere aut judicare*), however, sometimes link the prosecution obligation to extradition, in the sense that a State’s duty to prosecute a suspect only exists “if it does not extradite him”. (...) This, however, does not mean that prosecution is only possible in cases where extradition has been refused”⁵²⁴.

Sea como fuere⁵²⁵, lo que es indudable es que determinados Estados, ya sea sobre la base de uno u otro argumento (o una conjunción de todos ellos), han

May Senior...”, *op. cit.*, pág. 859-862. Desde una posición más clásica, véase WERLE, G. y OTROS: *Tratado de...*, *op. cit.*, págs. 125-129, así como la abundante bibliografía que recoge.

⁵²⁰ Así por ejemplo, Lord Slynn of Hadley afirmó sin matización alguna: “*The fact even that an act is recognised as a crime under international law does not mean that the Courts of all States have jurisdiction to try it (...). There is no universality of jurisdiction for crimes against international law.*” *Vid. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, de 25 de noviembre de 1998, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino03.htm>.

⁵²¹ Para otros textos, véase un listado exhaustivo en ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pág. 200.

⁵²² Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?”, en *ADI*, vol. XVIII, 2002, pág. 63.

⁵²³ Cfr. BOLLO AROCENA, M^a. D.: “Soberanía, justicia...”, *op. cit.*, pág. 100.

⁵²⁴ *Vid.* Opinión disidente del juez Van Den Wyngaert en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J., *Reports* 2002, párrs. 60-62.

⁵²⁵ Utilizo esta expresión porque ésta no es una cuestión resuelta por el derecho internacional en la actualidad, con lo que, como bien apunta Sánchez Legido, “*son cuestiones que sí dependen (...) de la propia concepción personal que se tenga en torno al propio Derecho internacional y al lugar en el que cada cual sitúe el punto de*

considerado que el derecho internacional les facultaba⁵²⁶ para extender su jurisdicción en base a este criterio de universalidad, y en consecuencia así lo han recogido en sus respectivas legislaciones⁵²⁷; realidad que no impide reconocer la enorme complejidad presente en un ámbito que hasta hace apenas medio siglo era, si se me permite la expresión, en la práctica *terra nullius*, y que todavía hoy no ha logrado una aplicación ni general ni uniforme. Y es que mientras que la diversidad de opiniones doctrinales siempre es enriquecedora para el debate jurídico⁵²⁸, la práctica de los Estados resulta ante tal punto contradictoria que incluso dentro de los tribunales de un mismo Estado pueden observarse pronunciamientos más que discordantes⁵²⁹.

Este carácter problemático es igualmente predicable respecto a la articulación operativa del principio de jurisdicción universal, el cual, en última instancia, se configura

equilibrio entre las nociones, a menudo contradictorias, de soberanía y comunidad internacional.” Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 250. En este mismo sentido, STEINER J., H.: “Three Cheers for Universal Jurisdiction – Or Is It Only Two?”, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, núm. 1, 2004.

⁵²⁶ Anótese que sobre la base del artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, este carácter facultativo podría ser progresivamente cuestionado. Sobre este particular, véase, entre otros, REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet...*, *op. cit.*, págs. 54-59. En sentido contrario, consúltese CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 301-303.

⁵²⁷ Para una visión sobre la legislación estatal, ABREGÚ, M.: “Actuación de tribunales nacionales y el problema de la territorialidad”, en VV.AA.: *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio, XII Seminario “Duque de Abumanda”*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001; AMBOS, K.: “Jurisdicción penal...”, *op. cit.*; CAPORALE, F.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Italia”, DAVID, E.: “La regulación del principio de jurisdicción universal en la legislación belga”, FREILER, E.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en América Latina”, KALECK, W.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Alemania”, THONON, S.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Francia”, todos ellos en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, *op. cit.*; REYDAMS, L.: “Universal Criminal Jurisdiction: The Belgians State of Affairs”, en *CLF*, vol. 11, núm. 2, 2000. De otro lado, deben consultarse las que, hasta lo que conozco, son las mejores bases de datos sobre esta materia: <http://www.icrc.org/ihl-nat> y <http://www.u-j.info/index/>.

⁵²⁸ Además de los trabajos y posturas señaladas, para un interesante repaso de ellas, HAYS BUTLER, A.: “The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of The Literature”, en *CLF*, vol. 11, núm. 3, 2000.

⁵²⁹ En relación con este trabajo, basta atender a la lectura de las ya citadas decisiones de la Audiencia Nacional española en la causa contra varios acusados por el genocidio guatemalteco, la sentencia del Tribunal Supremo de España en el recurso de casación por esta causa, las posteriores decisiones de la misma Audiencia Nacional en los casos por crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina, y finalmente, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en el caso contra varios guatemaltecos acusados de genocidio. Recuérdese que el criterio manejado por Tribunal Supremo español, aun por una ajustada mayoría, presentaba una versión más que restringida sobre este particular (cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N.º 327/2003, párrafos decimoprimer, decimosegundo y fallo). A partir de ella, la crítica doctrinal (en trabajos como BLANCO CORDERO, I.: “Crisis...”, *op. cit.*, págs. 1642-1650; BOLLO AROCENA, M.ª. D.: *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, págs. 356-357) ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional en la última sentencia referida; presentando justamente una visión sobre la jurisdicción universal diametralmente opuesta a la del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º 237/2005). Para un resumen de este rosario de decisiones, puede acudir al Auto del Tribunal Supremo de España de 10 de enero de 2006, así como al posterior Auto de 16 de enero de 2006, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española, Rollo de Apelaciones 196/05, Fundamentos de Derecho 1.º-6.º, ambos relativos a la causa del genocidio tibetano, en los que finalmente se acoge el criterio ya establecido por el Tribunal Constitucional en septiembre de 2005.

bajo el criterio coordinador contenido en el apotegma *aut dedere aut punire* -o en su formulación más moderna y neutral *aut dedere aut judicare*⁵³⁰-; incorporando de tal modo a las dificultades anteriores las propias de esta obligación, cuya naturaleza jurídica aún se discute⁵³¹, y que a la postre se adentra en un campo tan complejo, condicionado, y sensible a toda índole de voluntades políticas como es la extradición⁵³².

La misma condición sería atribuible a la necesidad de la presencia del acusado como elemento de la jurisdicción universal; cuestión que, por escoger dos opiniones, para Díez Sánchez es el único elemento decisivo en el principio de justicia universal⁵³³, mientras que para Blanco Cordero, el principio de jurisdicción universal es un nexo de jurisdicción autónomo que habilita para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal estatal, siendo que es en atención al principio *aut dedere aut judicare* cuando se requerirá un nexo jurisdiccional previo, en tanto que la obligación de juzgar o extraditar recae sobre el Estado en el que se encuentra el presunto culpable⁵³⁴. Extremo, éste también, en el que la práctica estatal tampoco resulta totalmente clarificadora.

No obstante, sobre este último particular ha de subrayarse que recientemente el Tribunal Constitucional español -en una sentencia ya célebre-, corrigiendo el criterio anterior del Tribunal Supremo en una causa especialmente significativa para este estudio, se ha decantado -a mi entender con buen criterio- por la segunda tesis expuesta, sosteniendo que si bien la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en la legislación española, ésta no debe considerarse

⁵³⁰ Principio que no ha de ser confundido con un criterio de atribución de jurisdicción, sino valorado como una obligación alternativa para el Estado en el que se encuentra el acusado, ya de juzgarle ya de extraditarle, no siendo absolutamente necesario que en el primero de los casos base su jurisdicción en el principio de jurisdicción universal. A este respecto, véase la opinión disidente del juez Van Den Wyngaert en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J., Reports 2002, párr. 59. En la doctrina, BOTTINI, G.: "Universal Jurisdiction after the creation of the International Criminal Court", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, núm 2, 2004, pág. 516; BLANCO CORDERO, I.: "Crisis...", *op. cit.*, págs. 1637-1639.

⁵³¹ En el trabajo que ha sido un referente en este campo, Bassiouni y Wise no terminan de decantarse por afirmar ni el carácter consuetudinario, ni aun menos de *ius cogens*, de esta obligación (cfr. BASSIOUNI, M. C. y WISE, E. M.: *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, págs. 43-69). De otro lado, algunos expertos reivindican el carácter consuetudinario e imperativo de esta obligación (véase, por ejemplo, OLLÉ SESÉ, M.: "Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal", en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, *op. cit.*, pág. 100), y algunos tribunales internacionales se manifiestan sobre su carácter consuetudinario en algunos supuestos (cfr. *Caso Prosecutor v. Blaskić, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, n.º. IT-95-14, 29 de octubre 1997, en <http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/decision-e/71029JT3.html>, párr. 29); mientras que otros autores plantean más que serias dudas sobre la posibilidad de considerar esta obligación vigente más allá del derecho convencional (por ejemplo, RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *Delitos de...*, *op. cit.*, págs. 173-176).

⁵³² Sobre esta cuestión, consúltese el completo trabajo de BASSIOUNI, M. C.: *International Extradition and...*, *op. cit.*; o sus más recientes contribuciones en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. II., Transnational Publishers, 1999, págs. 191 y ss.

⁵³³ Cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal...*, *op. cit.*, pág. 179.

⁵³⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, I.: "Crisis...", *op. cit.*, pág. 1638. Resulta interesante la lectura de una crítica pragmática a esta posición en CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 289-291.

como un requisito indispensable para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, pues si así fuera se estaría estableciendo una restricción contradictoria con el fundamento y los fines inherentes de la misma jurisdicción universal⁵³⁵.

En todo caso, la exposición de estos caracteres generales (y problemáticos) del principio de jurisdicción universal, junto a lo mencionado para el resto de los criterios de atribución extraterritorial, es suficiente para establecer lo que se anunció como elemento clave en este punto del estudio: Si el objeto de este trabajo obliga a prestar atención, casi exclusiva, a la persecución de los crímenes de derecho internacional sobre la base del principio de territorialidad en los distintos procesos de transición a analizar, ha de llamarse la atención sobre determinadas actuaciones judiciales de otros Estados que han tenido una notable influencia en el devenir de algunos de ellos, precisamente sobre la base de la interacción entre los diversos criterios reseñados. No es éste el momento para abordar estas actuaciones, pero sí para establecer el sustento teórico gracias al cual las mismas han podido desplegar los efectos señalados⁵³⁶; siendo por tanto pertinente no examinar esta cuestión desde un enfoque general, sino centrándose en la articulación prevista entre el principio de territorialidad y el resto de criterios enunciados.

Desde esta premisa, conviene empezar reconociendo que la existencia de distintos principios de atribución de jurisdicción conllevará lógicamente potenciales conflictos de competencia entre todos aquellos tribunales nacionales que gocen de jurisdicción sobre un determinado crimen. Aunque para Slepoy Prada, ésta es una cuestión menor en tanto que, afirma con razón, el problema que enfrenta la humanidad no es precisamente el del múltiple intento de juzgar a los responsables de crímenes de derecho internacional, sino su contrario, el de la impunidad generalizada⁵³⁷; lo cierto es que en orden a resolver estas situaciones se han articulado múltiples propuestas no coincidentes para establecer una suerte de clasificación jerárquica de estos criterios⁵³⁸.

Si ha de buscarse una solución desde esta perspectiva⁵³⁹, lo que resulta prácticamente unánime es la consideración del principio de territorialidad como criterio

⁵³⁵ Cfr. Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º. 237/2005, Fundamento Jurídico Séptimo. Sobre toda esta cuestión, consúltase OLLÉ SESÉ, M.: “Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal”, en *Revista La Ley Penal*, n.º. 25, año III, 2006; SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, en *REEI*, N.º. 11, 2006.

⁵³⁶ Sobre las actuaciones concretas, véase el capítulo VIII. Con todo, no cabe duda que junto a las razones jurídicas existen un notable número de causas políticas o sociales que pueden jugar un papel sustancial, e incluso determinante –en un sentido u otro–, en este particular. Aunque en la segunda parte de este trabajo se hará alguna referencia a ellas, resulta obvio que su análisis excede del marco de este estudio.

⁵³⁷ Este autor aboga, consecuentemente, por la consideración de que el principio de jurisdicción universal debe ser valorado de igual forma que el principio de territorialidad, con la sola diferencia de que, para este tipo de crímenes, el territorio sobre el que los tribunales estatales tendrían jurisdicción sería todo el de la Comunidad Internacional. Cfr. SLEPOY PRADA, C.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, *op. cit.*, págs. 140-141.

⁵³⁸ Para un repaso de las mismas, ABAD CASTELOS, M.: *La toma de...*, *op. cit.*, págs. 297-314, 307-309.

⁵³⁹ Así, para el Tribunal Supremo de España: “Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a

prioritario, del que en consecuencia son, de una forma u otra, en un “orden” u otro, “subsidiarios” todos los demás. Así, y desde un enfoque teórico, en un potencial escenario de conflicto entre un Estado que quiera enjuiciar a los autores de un determinado crimen de derecho internacional sobre la base de cualquier criterio extraterritorial y aquél que lo haga en base al principio de territorialidad, por decirlo en palabras de la AG, los responsables “*serán enjuiciados y, en caso de ser declarados culpables, castigados, **por lo general** en los países donde se hayan cometido esos crímenes*”⁵⁴⁰.

Esta cautelosa afirmación, además de recoger la falta de una obligación clara en derecho internacional sobre este particular, puede justificarse en consideración a otros problemas; pues si con carácter general se entendiera que la jurisdicción territorial goza, en todo caso y obligatoriamente, de prioridad jurídica sobre cualquier otro título de atribución, en los supuestos en que el responsable del crimen de derecho internacional se encontrase (detenido) en el territorio de un tercer Estado, éste 1) no podría ejercer su jurisdicción sobre esa persona, y 2) lo que es más desacertado aun, podría argumentarse que, de solicitarse, existiría la obligación de extraditar a ese sujeto al Estado territorial.

Junto a ello, en este punto podrían entrar en juego otras valoraciones muy pertinentes para este trabajo, pues como bien se pregunta Bollo Arocena, ¿hasta qué punto los tribunales internos de un Estado en el que se han cometido crímenes como el genocidio o los crímenes contra la humanidad están en la mejor disposición para proceder a la depuración de responsabilidades?⁵⁴¹ Mas, en lo que ocupa en este apartado, el consenso sobre la prioridad, matizada, de la jurisdicción territorial viene reforzado por una práctica estatal sustentada en el ejercicio de la jurisdicción universal sólo en aquellos casos en que se entiende probada la falta de voluntad o de posibilidades de sanción en los tribunales del Estado donde el crimen se cometió⁵⁴²; particular no exento de dificultades que ha sido expresamente citado por la Audiencia Nacional española en la causa contra Scilingo⁵⁴³.

No obstante, fue en una decisión anterior en este mismo caso cuando el Tribunal Supremo de España abordó en mayor detenimiento esta circunstancia, bajo la siguiente formulación:

*resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas...”. Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N°. 327/2003, Fundamento de Derecho Sexto. En sentido contrario, ABAD CASTELOS, M.: *La toma de...*, *op. cit.*, págs. 310-314.*

⁵⁴⁰ Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios de cooperación internacional en la...”, *doc. cit.*, párr. 5. La negrita es mía.

⁵⁴¹ La respuesta de esta autora se concreta en que “a nuestro juicio, y desde el punto de vista de la administración de justicia, ése no parece objetivamente el camino más acertado.” Vid. BOLLO AROCENA, Mª. D.: “Soberanía, justicia...”, *op. cit.*, págs. 108-109. Esta cuestión se retomará en la segunda parte de este estudio.

⁵⁴² Junto a este aparente requisito procesal, conviene tener presente otras exigencias de diverso índole que pueden jugar un papel esencial en este campo. En un trabajo reciente sobre el caso *Eichmann*, Bass recoge algunas de ellas con gran certeza, cfr. MACEDO, S. (ed.): *Universal...*, *op. cit.*, pág. 78.

⁵⁴³ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N°. 16/2005, 6. La no persecución penal de los hechos en Argentina como elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española, párr. 4.

“Por último, respecto a la invocada vulneración del principio "non bis in idem", es asimismo de recordar lo que tiene declarado esta Sala, así en la Sentencia 712/2003, de 20 de mayo, se expresa que ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art 23.4º de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por jurisdicción universal la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal. Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito universal, la aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad de "facto"”⁵⁴⁴.

Lo cierto es que en la sentencia citada en esta resolución el Tribunal Supremo español mostró una posición mucha más restrictiva, estimando que determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implicaría necesariamente un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano⁵⁴⁵. De este modo se ponía sobre la mesa una interpretación de este pretendido requisito poco conciliable con el ejercicio de cualquier jurisdicción extraterritorial, tal y como, aun de manera indirecta, también advirtió posteriormente el mismo Tribunal Constitucional de España en su sentencia sobre el genocidio cometido en Guatemala⁵⁴⁶.

En lo que aquí ocupa, la única posibilidad defendible, si se tienen presentes el fin y el objeto ya expuestos de la normativa vigente en este campo del derecho internacional, es que sólo habrá de atenderse a si en el Estado donde se cometió el crimen se está llevando una investigación o juicio sobre estos hechos. Pues, si se acepta que la finalidad declarada de todo este sector del ordenamiento jurídico es el enjuiciamiento de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional, bastará constatar si la misma se está realizando, y además, a mi entender,

⁵⁴⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 15 de noviembre de 2004, Sentencia Nº. 1362/2004, Fundamento de Derecho Sexto.

⁵⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia Nº. 327/2003, Fundamento de Derecho Sexto. Sobre este particular, consúltese igualmente lo manifestado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española en su Auto de 13 de diciembre de 2002.

⁵⁴⁶ Cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005, Sentencia Nº. 237/2005, Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto.

esta valoración fáctica no habrá de hacerse desde un enfoque meramente potencial⁵⁴⁷, esto es, no habrá que analizar si esa investigación o sanción puede realizarse, sino a si en ese momento se está llevando a cabo⁵⁴⁸. Desde esa perspectiva limitada, si la respuesta a este examen es negativa, el Estado que intenta ejercer su jurisdicción basada en un título extraterritorial será plenamente competente para enjuiciar al encausado; posibilidad que acabará en el momento en que similar actuación se dé en el Estado territorial. Si la respuesta es positiva, el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen gozará de una jurisdicción prioritaria, debiendo archivar cualquier pretensión de los tribunales de terceros Estados.

Esta articulación que, reitero, es en mi opinión la que mejor se conforma con el objetivo último del derecho internacional penal que aquí concierne, no ha de entenderse como un menoscabo o una intervención de unos órganos jurisdiccionales sobre los del Estado territorial, en tanto que como se ha puesto de manifiesto, éstos tienen la obligación jurídica indubitada de realizar tales actuaciones. Muy al contrario, desde este enfoque se reforzaría un sistema que busca acabar con la impunidad; resultando que si el Estado territorial quiere, como debe, ya juzgar a los responsables de la comisión de un crimen de derecho internacional, ya evitar que sean terceros Estados quienes lo hagan⁵⁴⁹, tan sólo debe hacerlo, simplemente debe cumplir esa obligación; momento en el que si existieran procesos abiertos en los tribunales de otros Estados, éstos deberían inhibirse a favor de los del Estado territorial⁵⁵⁰.

En conclusión, esta perspectiva permitiría que las actuaciones jurisdiccionales de terceros Estados *estimularan* de forma directa la actuación de los tribunales territoriales, fortaleciéndose todo el sistema de persecución de los acusados de crímenes de derecho internacional.

Con todo, aunque ya se ha señalado que no es sencillo extraer una conclusión única de la práctica estatal existente, no es menos cierto que determinadas actuaciones de los tribunales de terceros Estados han supuesto un claro estímulo para que los

⁵⁴⁷ Entre otras cosas, porque de hacerlo así resultaría seguramente preciso un examen del sistema judicial de un Estado, particular extremadamente complejo y sensible que puede llevar a conclusiones tan desafortunadas como la del Tribunal Supremo español en relación con la administración de justicia guatemalteca. Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N.º. 327/2003, Fundamento de Derecho Sexto.

⁵⁴⁸ Cuestión distinta, y mucho más compleja, sería la valoración de la efectividad de las actuaciones judiciales en el caso de que las mismas se estuvieran realizando o, incluso, si hubiesen concluido con una sentencia firme, en el contexto de este trabajo, absolutoria. Ya se han señalado algunas atribuciones de la CPI en este sentido sobre la base de lo dispuesto en su artículo 17.2, solución no extensible, como es obvio, a la jurisdicciones nacionales. Aun excediendo esta cuestión del objeto de este trabajo, en este ámbito conviene señalar que sí resultaría adecuado tener muy presente lo afirmado por la sentencia del Tribunal Supremo español reproducida. En este mismo sentido, puede consultarse el Cometario 2 al artículo 12 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁵⁴⁹ Así por ejemplo, en el ya célebre caso Pinochet la alegación principal de las autoridades chilenas no se dirigía, al menos explícitamente, a defender al encausado, sino a evitar que fuera otro distinto de Chile el que, en su caso, lo juzgase. Puede consultarse el alegato vertido ante el Comité Judicial de la Cámara de los Lores en REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet...*, *op. cit.*, págs. 30-31.

⁵⁵⁰ Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Apelación de Ámsterdam en la causa contra Bouterse, 20 de noviembre de 2000, en especial párr. 3 (disponible en www.icj.org/objectives/opinion.htm).

órganos de justicia del Estado donde se cometieron los crímenes reactivasen, o abriesen, procedimientos largamente aplazados en virtud de la interacción sostenida⁵⁵¹. Desde luego, no es ésta una cuestión regida por una absoluta ley de causalidad, pero los ejemplos existentes gozan de un papel notablemente persuasivo.

Así, por referirme al caso paradigmático en este ámbito, lo que se ha venido a conocer como “efecto Pinochet”, esto es, el arresto en Londres y proceso de extradición a España del General Pinochet, ha sido valorado como el hecho, según Garretón, que dio el coraje y reconocimiento necesario a los jueces chilenos para que continuaran —o iniciaran— acciones penales en Chile; que, para el Juez de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sergio Muñoz, cambió la percepción sobre las posibilidades de las denuncias en el país; en definitiva, fue el hecho que, como ha afirmado Caucoto, hizo definitivamente posible la apertura de los procedimientos en Chile⁵⁵². Y es que junto a otros factores, tal y como ha concluido una especialista del nivel de Roht-Arriaza, la causa abierta en España y la amplia atención internacional que generó, supuso el cambio de la visión que sobre el derecho internacional tenían las autoridades políticas y judiciales del Chile⁵⁵³.

Otro buen ejemplo, aun desde una valoración de la potencialidad de determinadas actuaciones judiciales que no comparto, fue la decisión del Consejo de Ministros español en relación con el pedido de extradición de varios argentinos acusados de crímenes de derecho internacional, en la que se estimó no continuar los procedimientos de extradición activa propuestos, solicitando a las Autoridades de la República Argentina que pusieran en conocimiento de España la culminación del procedimiento administrativo y judicial en curso, manteniendo hasta entonces la situación de estas personas a disposición efectiva de la Justicia⁵⁵⁴. Como posteriormente explicitó la Audiencia Nacional de España, el ejecutivo español no denegó la petición de extradición, sino que la suspendió en vista a la anulación parlamentaria de las conocidas como “leyes de punto final” y “de obediencia debida”⁵⁵⁵ que imposibilitaban toda persecución penal de los encausados; de tal suerte que, si tras ese hecho, continuase sin reactivarse un proceso penal contra los mismos, la Audiencia Nacional volvería a solicitar la extradición⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Sobre este particular, tal y como se ha mencionado, ha de tenerse también en cuenta la interacción que puede derivarse de actuaciones judiciales bajo la consideración de la doble vertiente del principio de territorialidad (objetiva y subjetiva).

⁵⁵² Cfr. ROHT-ARRIAZA, N.: *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2005, págs. 85-86.

⁵⁵³ *Vid. Ibid.*, pág. 86. Para más datos, véase apartado 2.b. 1) del capítulo VIII.

⁵⁵⁴ Cfr. Decisión del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003 (puede consultarse el texto en <http://www.nuncamas.org/juicios/espania>).

⁵⁵⁵ Sobre estas normas, véase el apartado 2. b) del capítulo VIII.

⁵⁵⁶ Cfr. Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España ordenando la remisión al juez argentino de la decisión del Consejo de Ministros de no tramitar las extradiciones y solicitando comunique si enjuiciará los hechos, Procedimiento: Sumario 19/97-L, 30 de agosto de 2003.

La situación creada por este estado de cosas presentó, desde luego, su influencia en la misma Argentina. No pudiendo sorprender que en la reciente sentencia de su Corte Suprema que declaró inconstitucionales ambas leyes, se declarase:

“Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional.

33) Que el hecho nuevo que hoy se presenta es el funcionamiento real, efectivo y creciente del principio universal. Hay ciudadanos argentinos que están detenidos, procesados y juzgados por otros estados en razón de estos delitos cometidos en el territorio nacional. Hay ciudadanos argentinos cuya extradición es requerida a la República en razón de hechos similares. Es del dominio público que el gobierno de España ha paralizado los pedidos de extradición justamente con motivo de la sanción de la ley 25.779, a la espera de que estos delitos sean efectivamente juzgados en nuestro país. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía. El hecho nuevo que aparece a partir de las leyes cuestionadas no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos”⁵⁵⁷.

La misma conclusión sería aplicable a otras causas abiertas contra nacionales de los países objeto de este trabajo⁵⁵⁸, confirmando que sobre la base de todo lo explicado, la interacción entre el principio de territorialidad y el resto de criterios de atribución jurisdiccional –esencialmente la jurisdicción universal– se ha materializado en diversas vías de influencia en los propios procesos de transición aquí analizados. Desde esta perspectiva entonces, resultará necesario retener todo lo expuesto para el análisis que se realizará más adelante.

⁵⁵⁷ *Vid.* Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005, Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni, párrs. 32-33.

⁵⁵⁸ Véase capítulo VIII.

CAPÍTULO V

CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1) Los crímenes de derecho internacional como violaciones de los derechos humanos.

1. a) Presupuesto inicial.

Algunas de las argumentaciones que se realizaron en el seno de la Corte IDH al hilo de la sentencia del *caso Barrios Altos* pueden servir de excelente introducción para lo que se abordará en este Capítulo; así, con motivo de la misma, el Juez Cançado Trindade afirmó en su voto razonado que:

“La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, -incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía- y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos facetas de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia”⁵⁵⁹.

Aunque en este párrafo se realiza una distinción esencial entre los dos regímenes de responsabilidad aplicables, por un lado, a las violaciones de los derechos humanos, y por el otro, a los crímenes de derecho internacional, en el mismo se incluye una relación ya advertida a la hora de fundamentar la pertinencia del análisis de algunos aspectos relevantes de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos; relación que merece ahora ser examinada detenidamente.

Cualquier repaso a la literatura dedicada al DIDH permite detectar que la identificación de las graves violaciones a los derechos humanos como comportamientos de los que se deriva la responsabilidad internacional del individuo resulta una afirmación común; posición que presupone, a mi entender, la asimilación de este tipo de violaciones a los crímenes de derecho internacional, y desde esa base la aceptación

⁵⁵⁹ *Vid.* Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el *caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, párr. 13.

como consecuencia obvia de la responsabilidad internacional aplicable a éstos como igualmente predicable respecto de aquéllas.

Desde una interpretación menos rigurosa, lo anterior podría entenderse como una toma de posición respecto a los comportamientos individuales que configuran determinados crímenes de derecho internacional, en el entendimiento de que todos ellos merecerían la calificación de violaciones de los derechos humanos si se analizasen aisladamente. En este sentido, yo mismo, en el inicio del Capítulo II de este trabajo he señalado que en él se prestaría atención prioritaria a aquellos crímenes contra el derecho internacional que presentan una relación estrecha con las violaciones de los derechos humanos; formulación que si bien quería expresar el estrecho vínculo existente entre ambos conceptos, trataba igualmente de subrayar que una cosa es una estrecha relación y otra, muy distinta, que crimen de derecho internacional y violación de los derechos humanos sean términos idénticos o intercambiables.

Si se quiere afrontar esta cuestión uniendo las dos posibles interpretaciones reseñadas, quizá pudiera condensarse lo dicho en que desde una aproximación muy amplia todo crimen de derecho internacional conllevaría necesariamente la violación de algún derecho humano, de tal suerte que con las cautelas necesarias en relación con el DIH⁵⁶⁰, podría constatarse que, por ejemplo, un genocidio está configurado por

⁵⁶⁰ Las relaciones entre el DIH y el DIDH, aun bajo la máxima de su estrecha unidad en función de la convergencia de objetivos, es una cuestión compleja sobre la que no ha existido unanimidad en la doctrina. Excede en mucho abordarla en este trabajo, con lo que valga apuntar que como ha explicitado un reputado experto en la materia: “Es cierto que (...) las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que siguen protegiendo a la persona una vez desatada la violencia bélica, hallan su terreno de justificación sobre todo en los conflictos que se desenvuelven dentro de las fronteras de los Estados” (vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja...*, op. cit., pág. 343), supuesto que como se ha señalado, se corresponde completamente con el ámbito de este análisis. En todo caso, dentro del campo de este trabajo, es ineludible consultar la importante decisión de la Com.IDH en el caso del Cuartel de la Tablada (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 55/97, Juan Carlos Abella, Argentina, caso 11.137”, 18 de noviembre de 1997); resultando también de interés la última sentencia de la Corte IDH sobre este particular (*caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Excepciones Preliminares*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 118, párrs. 107-121). En el contexto de la CIJ, además de lo dispuesto en la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1996 (en especial su párr. 25), véanse las últimas consideraciones de esta Corte en *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, en especial párrs. 102-106. En la doctrina, además de los textos ya citados, para una aproximación sobre esta cuestión, CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en CANÇADO TRINDADE, A. A., PEYTRIGNET, G., y DE SANTIAGO, J. R.: *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Porrúa, México D.F., 2003, págs. 132-169; DOSWALD-BECK, L. y VITÉ, S.: “Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos”, en RICR, N°. 116, 1993; SWINARSKI, C.: “Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de...*, op. cit.; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “*Ius in bello, ius ad bellum* y derechos humanos (a propósito de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el Muro)”, en VV.AA.: *Pacis Artes...*, op. cit., en especial págs. 490-496. Desde una perspectiva más amplia, COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de...*, op. cit., en especial págs. 41-99; MANGAS MARTÍN, A.: “Derechos humanos y Derecho humanitario bélico en el marco de

múltiples atentados contra el derecho a la vida de un grupo determinado cualificados por un elemento intencional específico. Desde esta visión generalista podría concluirse que violaciones de los derechos humanos perpetradas con un grado, cualitativo y cuantitativo, determinado serían valorables como crímenes de derecho internacional, siendo esperable, por tanto, que sobre las mismas recayera un régimen de responsabilidad análogo al dispuesto para éstos.

Éste es uno de los sentidos que podría atribuirse a alguna de las disposiciones del excelente informe del Relator Theo van Boven acerca de los principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, si bien, justamente uno de sus puntos más citados permite entrever una posibilidad de análisis distinta. Al desarrollar el derecho a disponer de recursos para obtener una reparación, propone el Relator: *“El sistema jurídico de todo Estado deberá proporcionar procedimientos disciplinarios, administrativos, civiles y penales, que sean rápidos y efectivos, a fin de asegurar una reparación adecuada y fácilmente accesible, así como protección contra todo acto de intimidación o represalia. Todo Estado tomará las medidas adecuadas para asumir jurisdicción universal en los casos de violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario que constituyan crímenes de derecho internacional”*⁵⁶¹.

Este párrafo plantea entonces la existencia de violaciones a los derechos humanos que, aun siendo graves, no son calificables como crímenes de derecho internacional; posición que puede completarse si se recuerda algo de lo que se puso de manifiesto durante las discusiones sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, esto es, que propuestas como la Hsu de incluir las violaciones a los derechos humanos bajo la consideración de crímenes de derecho internacional, por atractivas que fuesen, estaban fuera del ámbito de un Proyecto de Código como el que se trataba de redactar⁵⁶².

Al margen de la misión encomendada a la CDI, o del carácter del Código, lo cierto es que resulta patente que no toda violación, reitero aun grave, a cualquier derecho humano puede valorarse como un crimen de derecho internacional, por lo que tampoco cabe esperar que de cada una de estas violaciones se derive la responsabilidad internacional del individuo. Bien al contrario, como se ha puesto de manifiesto en los Capítulos anteriores, tan sólo en muy específicos casos los Estados han decidido acordar que la comisión de determinados actos comprometería la responsabilidad

los conflictos internos”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989, así como en una aproximación más general, *Conflictos armados...*, *op. cit.*, en especial págs. 139-151; SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: *Las Organizaciones Internacionales ante las Violaciones de los Derechos Humanos*, Septem Editores, Oviedo, 2004, en especial págs. 71-160.

⁵⁶¹ Vid. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, párr. 5. La negrita es mía.

⁵⁶² Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1954, pág. 133.

internacional de sus autores; consenso estatal que, a mi entender, no ha de extenderse más allá de la voluntad expresada. En definitiva, como ha sostenido recientemente Sánchez Patrón: “La violación de los derechos enunciados en los convenios relativos a los derechos humanos compromete por lo general la responsabilidad internacional del Estado (...) el individuo tan sólo será responsable internacional en la medida en que lo prevea una norma internacional”⁵⁶³.

Ahora bien, incluso restringiendo el análisis a lo que se exponía *supra* como violaciones de los derechos humanos perpetradas con un grado, cualitativo y cuantitativo, determinado, desde mi punto de vista tampoco este concepto podría equiparse, directamente y sin una explicación detallada, al de crimen de derecho internacional; como, sin duda, resulta también más que problemático afirmar que todo crimen de derecho internacional está configurado por alguna violación a los derechos humanos. Y es que sobre este particular ha de tenerse muy presente, de inicio, un punto esencial para todo análisis: Debe identificarse, con la mayor de las precisiones, quién puede violar los derechos humanos, en tanto que si no existe identidad absoluta entre los sujetos que pueden cometer un crimen de derecho internacional y aquéllos que, técnicamente, pueden violar los derechos humanos, no sería en ningún caso previsible que todo crimen de derecho internacional fuera, a la vez, una violación de los derechos humanos.

1. b) El sujeto activo en las violaciones de los derechos humanos.

Lo cierto es que si lo expuesto en el apartado anterior pudiese ser calificado como una suerte de navegación contra corriente, sí existe prácticamente unanimidad en que las normas internacionales de derechos humanos implican obligaciones para los Estados, no para los particulares. El Estado, al consentir sobre esas normas es responsable de respetar, garantizar y satisfacer los derechos en ellas consagradas; siendo que técnicamente, y en consecuencia, sólo él es quien puede tanto violar esas obligaciones como, a la postre, conculcar esos derechos⁵⁶⁴. El origen, fundamento,

⁵⁶³ Vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: *Las Organizaciones...*, *op. cit.*, pág. 116. No obstante, ha de hacerse notar que este autor, en la tónica ya señalada, posteriormente termina por asimilar, al menos conceptualmente, las violaciones de los derechos humanos como comportamientos que comprometen la responsabilidad internacional del individuo (véanse, por ejemplo, págs. 130-141).

⁵⁶⁴ En este sentido, véase, por ejemplo, lo sostenido por la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párrs. 169-182. Si bien, hay que advertir, las actuaciones de otros sujetos a los que se les reconoce cierta personalidad jurídica internacional pueden, en cierto modo, considerarse como violaciones de determinadas obligaciones internacionales relacionadas con la que aquí se abordan, aunque más propias del DIH que del DIDH. A este respecto, véase NIKKEN, P: “El concepto de derechos humanos”, en VV.AA: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, págs. 27 y 28. Al mismo tiempo, parece identificable cierto desarrollo, sobre todo en el ámbito regional europeo, que tiende hacia el reconocimiento de una suerte de sanción indirecta de conductas de particulares o grupos privados que atentan contra algunos derechos consagrados en el DIDH (cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Derecho Internacional...”, *op. cit.*, págs. 151-155); aunque, a mi entender esta tendencia requiere en última

desarrollo y finalidad del DIDH justificaría esta diferencia esencial con lo explicitado para el derecho internacional penal; distinción que de igual suerte puede atenderse desde una posición más voluntarista⁵⁶⁵, sosteniendo, en definitiva, que si son los Estados los únicos sujetos internacionalmente responsables por la violación de los derechos humanos es porque entre ellos mismos no se ha conformado un consenso que apunte hacia otros sujetos pasibles de esa responsabilidad.

Desde una u otra aproximación, lo cierto es que esta postura, a veces tachada de excesivamente clásica, es debatida en algunos ámbitos académicos y abiertamente discutida por algunos sectores del activismo en derechos humanos, cuya encomiable labor poco a poco ha ido extendiéndose hacia la exigencia de respeto, y en su caso de responsabilidades por violaciones a los derechos humanos, de los Estado a otros sujetos, bien a través de argumentaciones de corte más ideológico, bien sobre la base de algunas disposiciones como el artículo 30 de la DUDH, el 5.1 del PIDCP o el 29 a) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁵⁶⁶ (CIDH).

En este sentido, autores como Arboleda y Guerrero al tiempo de reconocer que los Estados son los únicos que en estricto sentido jurídico pueden considerarse como violadores de los derechos humanos, reclaman que en escenarios como el colombiano, donde el Estado se enfrenta a determinado tipo de actores que tienen una pretensión política de acceso al poder, que se han organizado colectivamente con la aspiración de reemplazarlo y tienen un poder tal que poseen la capacidad de afectar la vida colectiva, no se debe renunciar a la posibilidad de emplazar a estos sectores desde la perspectiva del DIDH; y ello porque entienden que este sector del ordenamiento jurídico internacional debe regular no las relaciones entre el Estado y los particulares, sino entre quien quiera que detente el poder político y éstos últimos. En pocas palabras, abogan porque el desarrollo y la evolución del DIDH deben terminar por incluir a sujetos distintos del Estado⁵⁶⁷.

Por citar otro ejemplo relativo al ámbito geográfico de este trabajo, en el caso chileno el Decreto Supremo N°. 35⁵⁶⁸ disponía en su artículo uno:

“Créase una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación que tendrá como objeto contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en

instancia que la actuación estatal ante esos actos sea violatoria de las obligaciones de respetar, asegurar y garantizar los derechos humanos (véase capítulo siguiente).

⁵⁶⁵ Para una visión del DIDH desde esta perspectiva, véase el interesante trabajo de GARCÍA MÉNDEZ, E.: “Derechos Humanos: Origen, sentido y futuro: Reflexiones para una nueva agenda”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.

⁵⁶⁶ Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Documentos Básicos...*, op. cit. A enero de 2006, veintinueve de los treinta y cinco Estados de la Organización de los Estados Americanos son Partes en esta convención.

⁵⁶⁷ Cfr. ARBOLEDA PERDOMO, A. y GUERRERO OROZCO, J.: *El Derecho de los Derechos Humanos: Posibilidad de atribuir a otros sujetos distintos del Estado responsabilidad por violaciones de los derechos humanos*, Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 1995, págs. 233-234.

⁵⁶⁸ Decreto Supremo N°. 35 de 25 de abril de 1990.

los últimos años (...) se entenderá por graves violaciones las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos.”

De este modo, el Informe final de la Comisión manejó este mismo concepto haciendo notar que, en su opinión, el sentido histórico o técnico, más restringido, de la expresión “derechos humanos” o “violación a los derechos humanos” ha venido siendo sobrepasado en la práctica para incluir los ataques a ciertos valores de la humanidad con independencia de quien sea su responsable⁵⁶⁹.

En esta misma línea, también existe cierto desarrollo tendente a calificar determinados actos terroristas como violaciones a los derechos humanos, lo que supondría, no cabe duda, que los individuos que los cometen tienen la capacidad de violar tales normas⁵⁷⁰.

De otro lado, resulta común encontrar diversas alegaciones relativas a sujetos como las empresas (básicamente multinacionales/transnacionales)⁵⁷¹. Así por ejemplo, Romina Picolotti y Juan M. Picolotti, investigadores del Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente, han manifestado que la empresa como sujeto responsable de violaciones de los derechos humanos es un tema que comienza a adquirir relevancia a fines del milenio, en tanto que a lo que a derechos humanos se refiere, la empresa tiene sus propios deberes jurídicos. Así, continúan, a cada derecho humano reconocido le corresponde un deber jurídico por parte de la empresa; y en consecuencia concluyen, contando con un derecho humano a la igualdad, si la empresa discrimina en contra de las mujeres al momento de contratar se estaría en presencia de una violación a un derecho humano por parte de la empresa⁵⁷².

Estos posicionamientos e iniciativas han alcanzado también al seno de la organización de las Naciones Unidas (ONU), condensándose en las conocidas como “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Subcomisión DH) en su 55º

⁵⁶⁹ Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Diario La Nación, Santiago, 1991, Primera Parte, Capítulo II, Apdo. A.4, párr. 8.

⁵⁷⁰ Sobre esta cuestión, véase el destacable trabajo de FERNÁNDEZ CASADEVANTE Y ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, en especial págs. 33-40, 48-66, 109-169.

⁵⁷¹ Véase, por ejemplo, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Principios de derechos humanos para empresas”, índice AI: ACT 70/001/1998, 1 de enero de 1998. También algunos partidos políticos han hecho suya esta causa, y así, a modo de ejemplo, en las elecciones generales del 2004 celebradas en España podían encontrarse en el Programa Electoral del partido Izquierda Unida promesas en este sentido. Puede consultarse este Programa Electoral en <http://www.izquierda-unida.es/elecciones2004/elecciones2004/programa38.htm>. En el ámbito doctrinal, véase JOCHNICK, C.: “Confronting the Impunity of Non-State Actors. New Fields for the Promotion of Human Rights”, en *HRQ*, vol. 21, núm. 1, 1999.

⁵⁷² Cfr. PICOLOTTI, R. y PICOLOTTI, J. M.: “Derechos Humanos y Empresas. La responsabilidad legal de las empresas por violaciones a los derechos humanos en Argentina”, en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc23s.doc>.

período de sesiones⁵⁷³; documento en el que se sostiene la obligación de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus directivos y las personas que trabajan en ellas, de respetar un amplio catálogo de normas convencionales relativas tanto al DIDH como al derecho internacional penal⁵⁷⁴; para posteriormente afirmar, aunque de forma tangencial, la posible responsabilidad de estos entes por actos que se valoran como violaciones a los derechos humanos⁵⁷⁵.

No obstante, pese a lo loable y necesario de estos avances, en mi opinión para considerar que sujetos como las empresas pueden violar los derechos humanos habría que partir reconociendo que las mismas gozan de subjetividad internacional, al menos en lo relativo a poder ser responsables por la violación de obligaciones internacionales; cuestión que, hoy por hoy, y pese al desarrollo mencionado, se encuentra lejos de ser una realidad jurídica constatable.

La misma aseveración cabría hacer respecto a los individuos, en tanto que si no es desde posiciones extremas -que les reconozcan igual subjetividad internacional que a los Estados-, no cabría afirmar en la actualidad que un particular viola, técnicamente hablando, ningún derecho humano sea cual sea su accionar; consideración que no niega la existencia de un estimulante desarrollo progresivo en este sentido. De este modo, por ejemplo, mientras que un individuo que atenta contra la vida de otro cometerá un homicidio o un asesinato, la misma figura se tornará una violación a los derechos humanos cuando se esté ante muertes como consecuencia del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o personas que actúan en acuerdo directo o indirecto con el Estado, o cuando el comportamiento pueda calificarse como muertes causadas por ataques de Fuerzas de Seguridad del Estado, por grupos paramilitares, escuadrones de la muerte u otras fuerzas privadas, que cooperan con el Gobierno o son toleradas por éste⁵⁷⁶; en definitiva, cuando ese comportamiento sea atribuible, de una forma u otra, al Estado, único sujeto, reitero, que puede ver

⁵⁷³ Puede encontrarse una versión de estas Normas junto con los Comentarios a cada artículo en SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.1, 4 de agosto de 2003.

⁵⁷⁴ Véase especialmente el amplísimo listado de normas que se enuncia en su Preámbulo, que van desde la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hasta el PICP, pasando por la CCT, los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y sus dos Protocolos Adicionales, la Convención sobre la Esclavitud y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

⁵⁷⁵ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: “Derechos Económicos, Sociales...”, *doc. cit.*, artículos 1 y 3. Con todo, la lectura de los Comentarios a estos artículos parece referir que estos comportamientos, a la postre, deberían ser atribuidos a un Estado.

⁵⁷⁶ Cfr. Mandato del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/execut/exe_mand_sp.htm. Nótese, en todo caso, que algunas disposiciones de derecho interno que tipifican este tipo de conductas incluyen otro tipo de autores entre aquéllos que pueden cometer una ejecución extrajudicial. A modo de ejemplo, resulta interesante la previsión del artículo 132-BIS del Código Penal guatemalteco, referido a la ejecución extrajudicial.

comprometida su responsabilidad internacional por la violación de obligaciones derivadas del DIDH.

Si entonces se acepta que sólo los Estados pueden cometer violaciones a los derechos humanos, podrá entenderse mejor lo expuesto en el apartado previo. Así, para aquellos autores que consideren que sólo los sujetos-órganos de un Estado pueden, a la postre, cometer un crimen de derecho internacional, no existirá el menor obstáculo para sostener que todos estos crímenes conllevarán una violación de los derechos humanos; al tiempo que podrán afirmar que determinadas formas cualificadas de ataque a algunos de estos derechos podrán ser identificadas como crímenes de derecho internacional.

Sin embargo, como he tratado de demostrar anteriormente, a mi entender la primera de estas dos aseveraciones no es del todo correcta, siendo más adecuado formular, aun en abstracto, que cualquier particular puede cometer un crimen de derecho internacional, comprometiendo de tal modo su responsabilidad internacional; siendo tan sólo preciso, a continuación, constatar si el crimen de derecho internacional en concreto requiere, o no, como exigencia específica la necesidad de atribución de ese comportamiento a un Estado. Desde este posicionamiento, por ejemplo, podrá sostenerse que en atención a la regulación universal, aquél que comete un crimen de tortura al mismo tiempo está violando la obligación internacional pertinente en el campo del DIDH, pero no será apropiado manifestar que aquél o aquéllos que perpetren un crimen contra la humanidad estén siempre violentando, de igual modo, una serie de derechos humanos individuales, en tanto que es posible que este crimen lo realice una *organización* cuyo comportamiento no sea atribuible a un Estado.

Lo anterior no impide concluir que la relación contraria sí sería valorable positivamente, en tanto que siendo agentes estatales uno de los sujetos que pueden cometer un crimen de derecho internacional, las violaciones a los derechos humanos, específicamente cualificadas, imputables a ellos podrán ser consideradas como crímenes de derecho internacional. Si bien, junto al análisis sobre la cualificación requerida será preciso realizar, obviamente, un estudio sobre los derechos humanos concretos violentados.

En resumen, siendo coherente con todo lo expuesto, la conclusión no puede tomar otra forma que la constatación de que sólo en determinados supuestos puede establecerse una relación directa, en un sentido u otro, entre las violaciones a los derechos humanos y los crímenes de derecho internacional. Afirmación que no impide convenir que en la mayoría de los casos, tal y como se argumentó, serán sujetos cuyo comportamiento sea atribuible a un Estado aquéllos que serán responsables de este tipo de crímenes, lo que hará que también lo sean, estrictamente hablando, de las violaciones de derechos humanos existentes.

Esta realidad es especialmente identificable en los procesos objeto de este trabajo⁵⁷⁷, por lo que resulta tanto adecuado como necesario complementar lo ya visto

⁵⁷⁷ Véanse el aparato 2. b) del capítulo VII, así como especialmente el capítulo VIII.

en relación con el derecho internacional penal con el régimen concurrente previsto en el DIDH, con vistas a conformar la estructura jurídica completa que recae sobre los Estados en casos de comisión de crímenes de derecho internacionales definibles, a su vez, como violaciones de los derechos humanos.

A esta labor dedicaré las siguientes páginas de esta Primera Parte.

2) *Los derechos humanos objeto del presente estudio.*

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto el modo en que debe ser entendida la relación entre las violaciones de los derechos humanos y los crímenes de derecho internacional, llamando la atención, de igual modo, sobre la cuestión que ahora debe ser abordada, esto es, si la violación a todo derecho humano es relevante a los efectos de este estudio; pues si se atendiera, por ejemplo, a lo dispuesto en la Resolución de la AG 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 habría que concluir que determinadas violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales pueden constituirse en auténticos crímenes contra la humanidad⁵⁷⁸.

Al margen de las modalidades concretas previstas en algunos crímenes de derecho internacional que por su naturaleza se construyen bajo la necesaria violación de algunos de estos derechos económicos, sociales y culturales⁵⁷⁹, lo anterior puede formularse en un interrogante más amplio, siendo la pregunta a responder: ¿las violaciones de qué derechos humanos son relevantes para este análisis? Y es que si se partiera de la afirmación genérica anterior podrían identificarse derechos como el derecho al trabajo⁵⁸⁰, a la seguridad social⁵⁸¹, o a la participación en la vida cultural⁵⁸², todos ellos universalmente reconocidos, como susceptibles de violación en determinados crímenes de derecho internacional, y en consecuencia, activadores de una obligación estatal de sanción.

Para abordar esta cuestión hay que comenzar señalando que, a mi entender, la clásica división en el campo de los derechos humanos entre derechos de primera, segunda y tercera generación debe ser superada definitivamente, ya que resulta hoy común la afirmación de que todas estas “generaciones” están unidas por vínculos indisolubles que dan forma a un conjunto indivisible e interdependiente de derechos

⁵⁷⁸ A tenor de la Resolución 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966, la AG: “*Condena, como un crimen contra la humanidad, la política del Gobierno de Portugal, que viola los derechos económicos y políticos de la población autóctona...*”. *Vid.* ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa”, Resolución 2184 (XXI), 12 de diciembre de 1966, párr. 3. En la doctrina, véase SKOGLY I., S.: “Crimes Against Humanity – Revisited: Is There a Role for Economic and Social Rights?”, en *IJHR*, vol. 5, núm 1, 2001.

⁵⁷⁹ Piénsese, por ejemplo, en manifestaciones del crimen de genocidio o del crimen de exterminio relacionadas con la violación sistemática de derechos como el derecho a la alimentación o a la sanidad.

⁵⁸⁰ Cfr., artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁸¹ Cfr., artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁸² Cfr., artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

humanos⁵⁸³. Así, aunque durante la redacción de los Pactos Internacionales de derechos humanos revivieron antiguas discusiones⁵⁸⁴ sobre si era posible dividir los derechos humanos en categorías diferentes, incluso jerarquizables⁵⁸⁵, llegándose finalmente a la decisión de redactar dos convenios independientes, uno para los derechos civiles y políticos –el ya mencionado PIDCP– y otro para los derechos económicos, sociales y culturales –el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁸⁶–, hoy parece ya definitivamente establecida la convicción de que, como ya en aquellos días afirmara con amplio apoyo la AG, el disfrute de los derechos civiles y políticos está interconectado y es interdependiente del goce de los económicos, sociales y culturales: cuando éstos últimos desaparecen, el ser humano deja de representar el ideal establecido en la DUDH⁵⁸⁷.

⁵⁸³ A este respecto, entre muchos otros, CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA: *Estudios Básicos...*, *op. cit.*, pág. 39; CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Nouvelles réflexions sur l’interdépendance ou l’indivisibilité de tous les droits de l’homme, une décennie après la conférence mondiale de Vienne”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas...*, *op. cit.*

⁵⁸⁴ Sobre esta cuestión, en perspectiva histórica, DONNELLY, J.: *Universal Human Rights in theory and practice*, Cornell University Press, Nueva York, 1989, págs. 28-47. Sobre el surgimiento y reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales, MILÁ MORENO, J.: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección...*, *op. cit.*, págs. 185-188; así como DE CASTRO CID, B.: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León, León, 1993, págs. 39-57; STEINER, H. y ALSTON, P.: *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 2000, págs. 242-246. Para interesante visión sobre la aparición histórica de estos derechos, PECES BARBA, G.: “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA: *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia, Murcia, 1981, págs. 51-68. Sobre el propio concepto de derechos económicos, sociales y culturales, DE CASTRO CID, B.: “Los derechos sociales: análisis sistemático” en VV.AA: *Derechos Económicos...*, *op. cit.*, págs. 12-33; GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, págs. 28-31.

⁵⁸⁵ Consúltese el resumen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preparado por el Secretario General, Documento de las Naciones Unidas A/2929, 1955. Sobre la posibilidad de sostener la existencia de un orden jerárquico en el campo de los derechos humanos, es interesante, si bien desde la óptica del derecho interno, QUIROGA LAVIÉ, H.: *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, págs. 13-20.

⁵⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en BOE de 30 de abril de 1977. A enero de 2006 ciento cincuenta y dos Estados son Partes en este Pacto.

⁵⁸⁷ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Draft International Covenant on Human Rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/421 (V), 4 de diciembre de 1950, párr. E. Esta idea se repite en multitud de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo una de las citadas la Resolución 32/130 que declara que “recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights”, añadiendo la firme convicción de que “all human rights and fundamental freedoms are interrelated and indivisible...” Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Alternative approaches and ways and means within the United Nations System for improving the effective enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/30/130, 16 de diciembre de 1977, Preámbulo. Pueden consultarse, igualmente, las Resoluciones: “Pattern of conferences. A Report of the Committee on

La idea, remarcada en el párrafo tercero del preámbulo de ambos Pactos, de que los derechos políticos carecen de valor sin los derechos económicos, sociales y culturales, pero también que éstos sin los derechos políticos no toman en cuenta completamente la dignidad humana⁵⁸⁸, llevaría entonces de nuevo a tener que concluir que dentro de los derechos humanos a considerar se encontrarían tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los textos mencionados presentan una diferencia muy notable; que se torna capital en el contexto de este trabajo. Así, mientras que el PIDCP establece la obligación de respetar y garantizar a todos los individuos bajo su jurisdicción y en su territorio los derechos reconocidos en ese Pacto, los Estados firmantes del PIDESC sólo se comprometen a emprender acciones para la progresiva consecución de los derechos contenidos en el Pacto. En este sentido, el artículo 2.1 del PIDESC dispone:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Queda de este modo establecida una primera diferenciación esencial entre las previsiones del PIDCP y el PIDESC: el carácter, inmediato o progresivo, de las obligaciones que establecen. Como señaló el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Com.DESC) en su “Observación general 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)”, son esencialmente sólo las obligaciones de “no discriminación” y de “adopción de medidas” las que tienen un verdadero carácter de “obligaciones con efecto inmediato” para los Estados Partes en el

Conferences”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/41/177, 5 de diciembre de 1986; “Indivisibility and interdependence of economic, social, cultural, civil and political rights, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/113, 8 de diciembre de 1988; “International Covenants on Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/114, 8 de diciembre de 1988; “Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/125, 8 de diciembre de 1988. Pueden encontrarse también declaraciones importantes en la Proclamación de Teherán, CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS en Teherán el 13 de mayo de 1968, en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm, así como en la CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: “Declaración y Programa de Acción de Viena”, 14 a 25 de junio de 1993, Documento de las Naciones Unidas: A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, en cuyo párrafo 5 se incluye una formulación que, recogiendo toda la evolución pasada, ha quedado ya establecida como referente en este campo.

⁵⁸⁸ Véase, AMBOS, K.: *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC S.R.L., Argentina, 1999, pág. 45. Puede consultarse también el capítulo del libro de ALBANESE, S.: *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992. Véase, asimismo, DONNELLY, J.: *Universal...*, *op. cit.*; desde otro enfoque, CASSESE, A.: *Los derechos...*, *op. cit.*, págs. 58-75. Igualmente importante en esta cuestión son los conocidos como “Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, cuyo contenido puede consultarse en <http://www.caipe.org.pe/guia/mat5.htm>.

PIDESC⁵⁸⁹, mientras que la previsión que figura en el artículo 2 del PIDCP incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos recogidos en el mismo; una obligación de asegurarlos *uno actu*, susceptible de control jurisdiccional. Si bien, todo lo anterior no obsta para que el Comité, a continuación, matizase que probablemente cabría considerar otras disposiciones del Pacto (los artículos 3, 10.2, 13.2 y 3, o 15.3) como de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales⁵⁹⁰.

En todo caso, esta distinción entra ambos Pactos, entre los derechos contenidos en los mismos, se plasma igualmente en la formulación general de su articulado. Mientras que las fórmulas básicas en el PIDCP son del tipo “*toda persona tiene derecho a...*”⁵⁹¹ o “*nadie será sometido a...*”⁵⁹², el PIDESC recoge formulaciones como “*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a...*”⁵⁹³ o “*los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar...*”⁵⁹⁴; compromisos éstos que han de ser leídos al hilo de la declaración inicial del artículo 2 del Pacto, esto es, al hilo del compromiso de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto⁵⁹⁵.

Algunos sectores doctrinales sostienen, no obstante, que la distinción entre los “derechos civiles” y “los derechos sociales” es más difusa de lo que cabría considerar a

⁵⁸⁹ Secundariamente pueden considerarse como obligaciones con efecto inmediato: la obligación general de buscar constantemente la realización de los derechos recogidos por el PIDESC sin retrocesos, la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, la obligación, en caso de incumplimiento de las obligaciones mínimas justificada en la falta de recursos disponibles, de demostrar que se ha realizado todo el esfuerzo posible para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas, y la obligación, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, de proteger a los miembros vulnerables de la sociedad a través de programas específicos de bajo coste. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General N.º 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, párrs. 10, 11 y 12. En sentido similar, aunque de una forma más directa, GARRETÓN, R.: “La Protección Internacional de los Derechos Humanos. El sistema Universal. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 16.

⁵⁹⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General N.º 3 sobre...”, *doc. cit.*, párr. 5.

⁵⁹¹ Véanse artículos 9, 12, 14, 16, 18, 22, 24 y 25 del PIDCP.

⁵⁹² Véanse artículos 7, 8, 15, 17 y 19 del PIDCP.

⁵⁹³ Véanse artículos 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 15 del PIDESC.

⁵⁹⁴ Véase artículo 8 del PIDESC.

⁵⁹⁵ En este sentido, ROBERTSON, A.H. y MERRILLS, J.G.: *Human Rights in the world. An introduction to the study of the international protection of human rights*, Manchester University Press, Manchester, 1989, capítulo 7. Véanse, igualmente, “Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en los cuales un grupo de expertos convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, afirmaron que “*aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo.*” *Vid.* “Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en <http://www.caipe.org.pe/guia/mat5.htm>, principio. 8. Consúltase, de igual modo, el apartado B, así como el principio 98 del informe.

la vista de lo anterior. De este modo, afirman, artículos como el 23.4 y el 24.1 del PIDCP contienen obligaciones de un carácter más progresivo que inmediato, de igual modo que artículos como los señalados por el Com.DESC presentan disposiciones de posible aplicación inmediata⁵⁹⁶. En base a esto, llegan a considerar que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es sólo una cuestión progresiva ligada a la existencia de medios o recursos⁵⁹⁷ cuando éstos son efectivamente necesarios, siendo la obligación en sí tan inmediata como las derivadas de los derechos civiles y políticos⁵⁹⁸.

Desde otra perspectiva, algunos autores mantienen la dificultad de establecer diferenciaciones entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales sobre la base de la clásica distinción entre el tipo de obligaciones, positivas o negativas, que supuestamente se derivan de cada uno de ellos. A este respecto, se señala que la defensa de una diferenciación basada en ese criterio llevaría a admitir la existencia de un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho estaría determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caracterizaran. En tal esquema, se sostiene, habría algunos derechos, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas, que podrían enmarcarse como derechos civiles y políticos, mientras que otros, que resultarían definidos fundamentalmente a través de obligaciones positivas, quedarían situados en el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales. En el espacio intermedio, quedaría un conjunto de derechos con una combinación de obligaciones positivas y negativas en proporción diversa. En estos casos, se concluye, tendría que ser una mera decisión convencional, más o menos arbitraria (no basada, por tanto, en verdaderas diferencias), la que identificaría un derecho como perteneciente a un grupo u otro⁵⁹⁹.

De otro lado, hay autores que alegan, ahondando en la idea de la *indivisibilidad* de los derechos humanos, que el propio alcance y naturaleza de muchos derechos civiles y políticos presenta notables implicaciones en lo económico, social y cultural, y viceversa, lo que haría, de un lado, más complicada aun una posible separación entre estas “dos clases” de derechos⁶⁰⁰, y del otro, posibilitaría encontrar en todo caso alguna faceta justiciable dentro de los propios derechos económicos, sociales y culturales⁶⁰¹. Alegación ésta que, apúntese al menos, suele apoyarse en la sentencia del TEDH en el asunto *Airey v. Irlanda*⁶⁰².

⁵⁹⁶ Cfr. VASAK, K.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal/UNESCO, París, 1984, págs. 90-94.

⁵⁹⁷ Sobre su naturaleza, es interesante GARRETÓN, R.: “La Protección...”, *op. cit.*, págs. 15-16.

⁵⁹⁸ Cfr. GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad...*, *op. cit.*, págs. 33-36.

⁵⁹⁹ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 21-37.

⁶⁰⁰ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S.: “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, 2003, págs. 128-131.

⁶⁰¹ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales...*, *op. cit.*, págs. 37-47.

⁶⁰² Cfr. *Caso Airey v. Irlanda, Merits*, sentencia de 9 de octubre de 1979, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, en especial párr. 26.

Sin entrar en la polémica desde una perspectiva estrictamente teórica, es importante hacer notar que, a pesar de todo, el mismo TEDH reitera al comienzo el carácter no inmediato de las obligaciones, *in genere*, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales. Siendo que si se analizan las disposiciones de los instrumentos del sistema regional americano de derechos humanos se llegará a la misma conclusión.

La CIDH, tras recoger todo un extenso conjunto de derechos civiles y políticos, incluye un solo artículo que hace referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en los siguientes términos:

*“26. Desarrollo progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*⁶⁰³.

Posteriormente, en 1988 se aprobaría el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁶⁰⁴, cuyo artículo 1 reproduce casi de forma idéntica la previsión del artículo 2.1 del PIDESC. Señalar, no obstante, que el artículo 19.6 del Protocolo establece, en la línea de lo expresado por el Com.DESC en su “Observación general 3”, que:

“6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Así, aunque de modo no tajante, se vuelve a reconocer la exigibilidad inmediata de derechos como la educación o el derecho a formar sindicatos y/o afiliarse a ellos.

Aun no siendo objeto del presente estudio, conviene tener presente que en otros sistemas regionales⁶⁰⁵ se sigue el mismo esquema; y, así en el Continente

⁶⁰³ Sobre la base de esta previsión, es de notar la opinión separada del juez Piza Escalante en la Opinión consultiva OC-4/84 de la Corte IDH, en la que sostiene, y amplía, argumentos similares a los mencionados. Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 sobre la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 4, párr. 6.

⁶⁰⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Documentos Básicos...*, *op. cit.*

⁶⁰⁵ El repaso, tanto en este punto como en el resto de este estudio, se circunscribirá a los sistemas regionales de derechos humanos más perfeccionados. Advirtiendo, no obstante, de la existencia de otros instrumentos jurídicos pertinentes como la Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes mediante la Resolución 5437 de 15 de septiembre de 1994 (el texto ha sido parcialmente modificado posteriormente en 2004), o la Convención de Derechos Humanos y

europ⁶⁰⁶ los derechos civiles y políticos se recogen en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁰⁷ (CEDH), según el cual los Estados Parte “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos”⁶⁰⁸ en el mismo; mientras que los derechos económicos, sociales y culturales encuentran cabida en la Carta Social Europea⁶⁰⁹, a tenor de la cual “las partes contratantes reconocen como objetivo de su política que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios”⁶¹⁰ que contiene. Si bien, con posterioridad en el seno del CEDH se ha aprobado un Protocolo⁶¹¹ en el que se recogen con igual grado de protección que el resto de artículos del CEDH algunos derechos con carácter económico y social, como el derecho a la instrucción (educación)⁶¹², o el derecho a la propiedad⁶¹³.

Por su parte, en el marco de la Carta Social Europea se han adoptado tres Protocolos adicionales, de los cuales, el primero⁶¹⁴ recoge una formulación inicial de similar carácter a la de la Carta Social.

Sólo la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos⁶¹⁵ (Carta ADHP) presenta una particularidad en esta tendencia generalizada, siendo posible encontrar en ella formulaciones similares tanto para los derechos civiles y políticos⁶¹⁶,

Libertades Fundamentales de la *Commonwealth of Independent States*, adoptada en Minsk el 26 de mayo de 1995. En cuanto a la región de Asia-Pacífico, es de notar la iniciativa de la Asociación de Parlamentarios Asiáticos para la Paz, que desde 2001 está trabajando en la elaboración de una Carta de Derechos Humanos para las Naciones Asiáticas.

⁶⁰⁶ Cuestión obviamente aparte sería la regulación de este particular en el seno de la Unión Europea, donde es referencia obligada la Carta de Derechos Fundamentales, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo de Niza. Sobre su contenido y disposiciones, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y SÁNCHEZ BAYÓN, A.: “La Carta al descubierto: Notas críticas científico-sociales sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en BRÚ PURÓN, C.Mª.: *Exégesis conjunta de los Tratados Vigentes y Constitucional Europeos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, en especial págs. 270-312.

⁶⁰⁷ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en BOE de 10 de octubre de 1979 (tras la modificación en virtud del Protocolo 11, en BOE de 6 de mayo de 1999).

⁶⁰⁸ *Id.*, artículo 1 del CEDH.

⁶⁰⁹ Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, en BOE de 26 de junio de 1980.

⁶¹⁰ *Id.*, párrafo primero de la Parte I de la Carta Social Europea.

⁶¹¹ Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en París el 20 de marzo de 1952, en BOE de 12 de enero de 1991.

⁶¹² La inclusión de este derecho en el CEDH, y no en la Carta Social, apunta hacia su estrecha relación con los derechos civiles. Véase, GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad...*, *op. cit.*, págs. 23-25.

⁶¹³ La naturaleza de este derecho es discutida. Si bien parece ampliamente reconocido su carácter de derecho económico-social, hay aún posiciones que defienden su valor como derecho civil-político. Véase, PECES BARBA, G.: “Reflexiones...”, *op. cit.*, págs. 64 y ss.

⁶¹⁴ Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1998, en BOE de 25 de abril de 2000.

⁶¹⁵ Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties.htm>.

⁶¹⁶ Artículos 3 a 14 de la Carta ADHP.

como para los económicos, sociales y culturales⁶¹⁷, e incluso para los conocidos como “derechos de los pueblos”⁶¹⁸; estableciéndose además un mecanismo de control/aplicación idéntico a través de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y, tras la entrada en vigor del Protocolo de Ouagadougou⁶¹⁹, de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁶²⁰.

Esta peculiaridad dota a la Carta de un destacable carácter desafiante de la realidad en la que se sitúa, y de una especial visión sobre la promoción, avance, consolidación y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, si bien, hay que señalar, la propia situación que padece el Continente africano, junto a las limitaciones en las atribuciones del sistema en lo que a protección se refiere, condicionan, en grado máximo, la verdadera vigencia de estas previsiones⁶²¹.

Es posible sostener entonces, siguiendo a Steiner y Alston, que pese a que existen derechos cuya caracterización indubitada como derechos civiles y políticos, o como derechos económicos, sociales y culturales, es compleja, en su esencia, la distinción convencional entre este tipo de derechos es clara, sin perjuicio de la evidente interdependencia existente entre ambas categorías⁶²².

Lo señalado puede completarse atendiendo al carácter o grado de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales. Y es que, siguiendo a De Castro Cid, hay que sostener que resulta un punto capital en la determinación de la eficacia jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales el análisis de las

⁶¹⁷ Artículos 15 a 18 de la Carta ADHP. Como única excepción en estos derechos puede situarse el artículo 16.1 de la Carta que establece que: “*Every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health.*” Siendo cierto que el número de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos es muy reducido (sorprendiendo la ausencia de mención a derechos tan relevantes como el derecho a la alimentación, el agua, la seguridad social o la vivienda), la posterior actuación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha ampliado sustancialmente el catálogo de los mismos. Para más datos, HEYNS, C.: “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección...*, *op. cit.*, págs. 607 y ss.

⁶¹⁸ Ver artículos 19 a 24 de la Carta ADHP.

⁶¹⁹ Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en la 34 sesión de la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno en Burkina Faso, el 8-10 de junio de 1998, en <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties.htm>. Entró en vigor el 25 de enero de 2004, tras convertirse Comoras en el decimoquinto Estado que lo ha ratificado.

⁶²⁰ Para una primera aproximación, VAN DER MEI, A. P.: “The New African Court on Human and Peoples’ Rights: Towards an Effective Human Rights Protection Mechanism for Africa?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2005.

⁶²¹ A este respecto, HEYNS, C.: “La Carta...”, *op. cit.*, págs. 618-620. Sobre este tema, en general, véase EVANS, M. y MURRIA, R.: *The African Charter on Human and Peoples’ Rights. The System in Practice, 1986-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, en especial los capítulos seis y diez. En la doctrina española, puede encontrarse una visión descriptiva del sistema en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coordinador): *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 243-251. En todo caso, llama la atención, quizá por el carácter de estas previsiones de la Carta y el Protocolo, así como por la reciente entrada en vigor del mismo Protocolo, que sea muy minoritaria entre los trabajos dedicados a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales la referencia a las previsiones del sistema de la Unidad Africana.

⁶²² Cfr. STEINER, H. y ALSTON, P.: *International Human Rights...*, *op. cit.*, pág. 136.

concretas posibilidades reales de ejercicio y protección jurisdiccional con que cuenten dentro del ordenamiento jurídico⁶²³.

A este respecto, se ha sostenido en líneas generales que la propia naturaleza de estos derechos imposibilitaría un verdadero control jurisdiccional de las obligaciones derivadas de los mismos, pues de lo contrario el órgano judicial se convertiría en agente de la democracia social⁶²⁴, teniendo en cuenta además que el control del cumplimiento de estos derechos implicaría valoraciones sobre la política económica-social de los Estados, cuestión ajena, en la mayoría de los casos, a las propias del ámbito judicial⁶²⁵. Ahora bien, desde ciertas interpretaciones estos argumentos teóricos son rebatidos a través de otras explicaciones teóricas⁶²⁶, con lo que el mejor modo de solucionar la controversia es volver a las medidas jurídicas que prevé el derecho internacional a fecha de hoy en este campo.

En concordancia con lo que prevén los ordenamientos internos⁶²⁷, y a diferencia de lo establecido para los derechos civiles y políticos, el examen de los mecanismos internacionales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales muestra que pese a la existencia de un gran número de Comités, Grupos de Trabajos, Consejos, Comisiones, etc.⁶²⁸, no existe ningún órgano con competencia jurisdiccional, *strictu sensu*, en este ámbito⁶²⁹ (con la salvedad hecha en el caso de la Unidad Africana).

Así, la ausencia de una obligación internacional clara que establezca la justiciabilidad de estos derechos encuentra su plasmación, como no podía ser de otro modo, en los propios mecanismos establecidos por el derecho internacional para su control o protección. Si las razones son imputables a la (falta de) voluntad de los Estados, al devenir histórico, a la estructura socioeconómica, o a la propia naturaleza, progresiva o no inmediata, de estos derechos es, como se ha visto, una cuestión

⁶²³ Cfr. DE CASTRO CID, B.: *Los Derechos Económicos...*, *op. cit.*, pág. 175.

⁶²⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Protección...", *op. cit.*, pág. 133.

⁶²⁵ Cfr. NIKKEN, P.: "El concepto de derechos...", *op. cit.*, págs. 31-33.

⁶²⁶ Sobre este debate, es muy recomendable DE CASTRO CID, B.: *Los Derechos Económicos...*, *op. cit.*, págs. 61-103. Véase, asimismo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales...*, *op. cit.*, págs. 121 y ss; MAPULANGA-HULSTON K., J.: "Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights", en *IJHR*, vol. 6, núm. 4, 2002; VV.AA.: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, en especial los trabajos de Prieto Sanchís.

⁶²⁷ Para una visión de conjunto, GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad...*, *op. cit.*, págs. 109-123.

⁶²⁸ Para un estudio detallado de todos ellos, *ibíd.* págs. 61-99. Consúltase, igualmente, CANÇADO TRINDADE, A. A.: "La protección internacional...", *op. cit.*, págs. 45-61.

⁶²⁹ No obstante, sí es posible identificar la existencia de "modos indirectos" de control jurisdiccional de estos derechos; vías que además se están potenciando notablemente en los últimos tiempos. Sobre esta cuestión en el ámbito americano, véase GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Protección...", *op. cit.* págs. 136-157; PINTO, M.: "La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de DESC", ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004; VENTURA ROBLES, M. E.: "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", ponencia realizada en el mismo Curso. Resulta interesante, de igual modo, PLATAFORMA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO: *Para exigir Nuestros Derechos. Manual de Exigibilidad en DESC*, ANTROPOS, Bogotá, 2004.

discutida y discutible, pero esta realidad no deja por ello de consagrar una perversa paradoja que al menos debe quedar escrita: mientras se extiende la convicción de que las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales son el mejor caldo de cultivo para los más atroces atropellos a los derechos civiles y políticos⁶³⁰, no existe órgano judicial encargado de velar por su cumplimiento y sancionar sus transgresiones⁶³¹.

De este modo, siguiendo a Cascajo Castro, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran limitados por una serie de condicionamientos como la dependencia respecto de las condiciones sociales y económicas, la falta de una adecuada instrumentalización jurídica de los mecanismos garantes de su efectividad, la prácticamente nula justiciabilidad, y las implicaciones derivadas de la progresiva universalización de su reconocimiento que llevan a la casi imposibilidad de equiparlos con la justiciabilidad que, en cuanto supuestos derechos, les correspondería⁶³².

⁶³⁰ De entre las muchas referencias posibles, véase, por la elegancia y sutileza de su exposición, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas a la Cumbre del Milenio: “Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”, en <http://www.un.org/spanish/milenio/sg/report/full.htm>, en especial la Parte III. Para una referencia más directa y plena de severas conclusiones, puede verse la conferencia de Alejandro Teitelbaum en la Universidad de León, España, en Octubre de 2001: “Prevención, represión y criminalización de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo: el problema de su impunidad”, en http://www.citlan.es/cuenca/magazine/colabora/mgz_colaboraciones.html. Una visión más centrada en Iberoamérica puede encontrarse en ABRAMOVICH, V.: “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/herrped/Docs/PedagogicasEspecializado/02.pdf>; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS y COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Económica para América Latina y el Caribe, San José, 1997; así como, en relación directa a la impunidad derivada de las violaciones a los derechos económicos y sociales y sus consecuencias, BORÓN, A.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel político”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996, en especial págs. 9-12. En referencia más concreta, véase ALBARRACÍN, W.: “Bolivia: la difícil defensa de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA.: *La protección de los derechos humanos en América Latina. Perspectivas europeas*, SÍNTESIS-AIETI, Madrid, 2003, y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio de 1993, en especial capítulos I y IV; “Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador”, OEA/Ser. L/V/II.46, Doc. 23, rev-1, 17 de noviembre de 1978. Desde otro enfoque, véase el informe del Comité de Derechos Económicos y Culturales a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, en su informe sobre el séptimo período de sesiones (23 de noviembre-11 de diciembre), Documento de las Naciones Unidas: E/1993/22.

⁶³¹ Precisamente, este estado de cosas es el que lleva a Pinto no sólo a sostener sino a extraer de él la necesaria existencia de control jurisdiccional sobre la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien, a mi entender, esta argumentación se fundamenta en última instancia más en el “deber ser” que en la realidad jurídica existente, resulta interesante la vía escogida por esta autora para llegar a ella. Cfr. PINTO, M.: “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del sistema internacional de derechos humanos”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, págs. 10-11.

⁶³² Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 29 y ss.

Puede concluirse entonces, y sin olvidar las matizaciones hechas para algunos derechos particulares, suscribiendo la opinión de un autor tan destacado como Nikken, para quien, la principal diferencia de naturaleza entre los deberes del poder público en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, y respecto a los que le incumben en el ámbito de los derechos civiles y políticos, es que estos últimos son derechos inmediatamente exigibles y frente a ellos los Estados están obligados a un resultado como es un orden jurídico-político que los respete y garantice. Los otros, en cambio, son solamente exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o comportamiento, de tal manera que, para establecer que un gobierno ha violado tales derechos no basta con demostrar que no ha sido satisfecho, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuado a los estándares técnicos o políticos apropiados. De este modo, la violación del derecho a la salud o al empleo no depende de la sola privación de tales bienes sin posterior consideración, como sí ocurre con el derecho a la vida o la integridad⁶³³. Y de ahí que se pueda colegir que aunque los derechos económicos, sociales y culturales han sido recogidos en diversos instrumentos internacionales, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar a un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivan.

Por todo ello, retomando ahora la primera relación establecida entre los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos, resulta patente que el análisis de este trabajo debe limitarse, con la excepción hecha y explícitamente prevista, a las violaciones de los derechos civiles y políticos en el sentido del PIDCP, y los acuerdos regionales en esta materia, especialmente de la CIDH. Un enfoque que incluyera, junto a éstos, a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales sería, cuanto menos, discordante con el ámbito y objeto del presente estudio.

De aquí en adelante entonces, cuando se utilice el concepto de derechos humanos, o de violaciones a los derechos humanos, se hará referido a los derechos civiles y políticos consagrados en los textos mencionados.

3) Las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos como figura autónoma.

En esta primera labor de concreción conceptual conviene también prestar atención a un término que comúnmente es utilizado de forma sinónima al de (determinados) crímenes de derecho internacional, como es el de “violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos”; circunstancia que aconseja realizar

⁶³³ En este sentido, véase NIKKEN, P: “El concepto de derechos...”, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

algunas reflexiones en este momento, no sólo para evitar equívocos posteriores, sino también porque lo que aquí se concluya será de utilidad para algunos de los aspectos de la argumentación que se irá desplegando en los siguientes apartados.

Debe apuntarse de inicio, tal y como se ha puesto de manifiesto en relación con otros términos, la existencia de cierta divergencia en el uso del que ahora se aborda, siendo posible encontrar usos de la expresión “violación manifiesta” o “violación flagrante” con igual significado que “violación grave” o, en algunas ocasiones, “violación muy grave”⁶³⁴; divergencias que en cualquier caso no obstan para poder constatar que la caracterización mayoritaria de las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos se asemeja a la que se hiciera respecto de los crímenes de derecho internacional; considerándolas, en este sentido, como *“la más grave amenaza que se cierne sobre la Comunidad Internacional, con lo que toda medida que se adopte debe tener por objeto, ante todo, eliminar y prevenir esa categoría de violaciones”*⁶³⁵.

Esta similitud plantea precisamente la cuestión que debe quedar resuelta en este apartado, esto es, si toda violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos puede ser calificada como un crimen de derecho internacional; o si, por el contrario, aunque puedan identificarse múltiples puntos de conexión entre estos dos conceptos, cada uno de ellos responde a realidades jurídicas distintas.

En este empeño resulta oportuno comenzar señalando que pese a la profusa utilización, tanto en textos internacionales como en la literatura especializada, del término violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos, autoras como Medina Quiroga advierten sobre la complejidad de encontrar una descripción unívoca de este concepto. Así, sostiene esta autora, lo más que puede extraerse de la confusa práctica existente es la necesidad de la concurrencia de cuatro elementos definitorios referidos 1) a la cantidad de las violaciones, 2) a un período de tiempo prolongado, 3) a la cualidad de esas violaciones –fundada, a su vez, en el tipo de derechos conculcados, el carácter de las violaciones, y el tipo de víctimas de las mismas-, y 4) a la existencia de una planificación⁶³⁶.

Ahora bien, aunque estos tres adjetivos –graves, masivas y sistemáticas-, o estos cuatro elementos, suelen solaparse presentándose como definidores de un escenario común, parecería posible, aun con notables dificultades, aislar conceptualmente cada uno de ellos. El informe de Stanislav Chernichenko a la antigua Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas

⁶³⁴ Véase SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, “Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

⁶³⁵ *Vid.* SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Definición de las violaciones manifiestas y...”, *doc. cit.*, párr. 3.

⁶³⁶ Cfr. MEDINA QUIROGA, C.: *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1988, págs. 11-16.

(Subcomisión)⁶³⁷ pone de manifiesto este hecho al sostener que las violaciones de los derechos humanos pueden afectar a las personas o tener un carácter masivo que podría indicar que la situación de derechos humanos en un Estado determinado es deplorable. Además, continua Chernichenko, ambos tipos de violaciones pueden ser relativamente poco importantes, más graves o incluso manifiestas. Por último, puede tratarse de episodios aislados o sistemáticos. Es menester distinguir, pues, concluye Chernichenko, entre las violaciones de los derechos humanos de la persona, por un lado, y las situaciones en las cuales esas violaciones son la norma, por el otro⁶³⁸.

De los tres adjetivos mencionados podría convenirse en que son los conceptos de violación masiva (*large scale* o *mass scale*) y de violación sistemática (*systematic manner*) los que presentan mayores dificultades a la hora de abordarlos desde una perspectiva teórica, pues si bien no plantea problemas distinguir entre violaciones individuales y masivas de los derechos humanos, no se encuentran criterios claros para determinar cuántos casos individuales, considerados en conjunto, constituyen una violación masiva; y junto a ello, no parece sencillo poder determinar qué grado de organización debe requerirse para identificar un conjunto de violaciones como sistemáticas. A lo que cabría añadir que resulta posible, teóricamente, redirigir la violación sistemática de los derechos humanos tanto a los derechos de una sola persona o pequeño grupo de personas como a la situación de la población de un Estado o territorio considerado en su totalidad.

La realidad es que para tratar de delimitar estos dos adjetivos resulta común la referencia, justamente, a comportamientos como los crímenes contra la humanidad, resultando de este enfoque la caracterización del calificativo sistemático como ligado a circunstancias como la planificación o la premeditación y, en última instancia, a que las violaciones en cuestión sigan la política (en sentido de *policy*) de un Estado; a que estén, de algún modo, ideadas, organizadas y dirigidas por él, formando parte de un plan preconcebido. Se agrega, a manera de complemento explicativo, cierta exigencia de repetición de acciones, de variedad de acciones, de multiplicidad de víctimas, lo que se aproxima al segundo concepto, el de violación masiva, que aun mejor perfilado sigue sin encontrar una definición completa⁶³⁹.

Al hablar entonces de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos a través de esta analogía, parece adecuado referirse, en primer lugar, a un criterio cuantitativo referido al número de violaciones-víctimas, y en segundo, a una valoración cualitativa en relación con el grado de planificación de las propias violaciones. Enfoque que, de cualquier forma, no resuelve en detalle esta cuestión.

⁶³⁷ Como es bien sabido, a partir de la decisión del 27 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social, este órgano pasó a denominarse Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

⁶³⁸ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "Definición de las violaciones manifiestas y...", *doc. cit.*, párr. 6. Anótese que en este documento se maneja, no obstante, un concepto de derechos humanos divergente al escogido en este trabajo. Para más datos, véase apartado 1. b) del capítulo V.

⁶³⁹ En este orden de ideas, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios 2 y 3 al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Consecuencia de lo anterior será, en todo caso, la posibilidad de identificar tanto violaciones masivas que no sean sistemáticas, como violaciones sistemáticas que no alcancen la escala de masivas; aunque en la práctica, las violaciones masivas suelen ser sistemáticas, y viceversa, lo que hace que en última instancia los requisitos de evaluación de uno u otro adjetivo sean más coincidentes de lo epistemológicamente deseable. De ahí que el TPIYUG, a pesar de reconocer una clara distinción entre ambos conceptos⁶⁴⁰, afirmase en el asunto *Jelisić* que los criterios que permiten definir ambas situaciones generalmente se superponen⁶⁴¹.

Esta identificación común se repite, a mi entender, en el Estatuto de la CPI. Aunque el artículo 7 de este Estatuto parece incluir un criterio alternativo que hace suponer como posible la disociación de los requisitos de violación masiva (generalizada) y de violación sistemática, el elemento del “*conocimiento de dicho ataque*” conduce hacia la exigencia de un comportamiento planificado, organizado, o dicho con otras palabras, sistemático; mientras que la necesidad de que el ataque se realice “*contra una población civil*” lleva conceptualmente ligado el carácter de ataque masivo o generalizado, en tanto que, según el propio artículo 7.2 a):

“Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”.

A pesar de las dificultades para establecer con nitidez conceptual las fronteras de estos dos calificativos, parece resultar posible sostener que ambos, en un plano teórico, son materialmente diferenciables; siendo que para su delimitación concreta, o para escapar del laberinto, habrá que terminar por acudir a la casuística propia de cada situación a analizar, esperando que la realidad de los hechos permita concretar el sólo esbozable desglose teórico.

En cuanto al calificativo de (violación) grave (*severe*), en líneas generales puede señalarse que la violación de una obligación internacional se entiende como grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable⁶⁴²; enunciado que vuelve a poner de manifiesto la más que íntima relación existente entre los tres adjetivos analizados. En este orden de ideas, la CDI al tratar de desarrollar esta caracterización inicial explica que la palabra “grave” significa una cierta magnitud de violación; valorándose, en este sentido, la intención de violar la norma, el alcance y el número de violaciones individuales, y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. De este modo, para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada, en cambio, el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; así, mantiene la CDI, una violación flagrante equivaldría a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la

⁶⁴⁰ Cfr., por ejemplo, *caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 645-656.

⁶⁴¹ Cfr. *Caso Prosecutor v. Jelisić*, sentencia de 14 de diciembre de 1999, n°. IT-95-10-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>, párr.53.

⁶⁴² Cfr. Artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

norma. Esos términos, aclara la Comisión, no son por supuesto mutuamente excluyentes: las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes⁶⁴³.

En atención a estas líneas parece pues posible aislar algunos perfiles propios del concepto de gravedad, como son la intención de violar la norma, la gravedad de sus consecuencias para las víctimas, la extensión de la violación, y en cierto sentido, la incidencia que la misma tiene sobre los valores que protege la norma.

Ahora bien, mientras que las palabras de la CDI se enmarcan en un comentario general sobre las violaciones graves por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, en el campo propio de los derechos humanos, el concepto de gravedad, de grave violación, también en perspectiva general, puede definirse atendiendo a diversos criterios interrelacionados. Así, en la doctrina pueden encontrarse consideraciones éticas o morales que harán que, al margen de la existencia o inexistencia de una norma en ese sentido, se valoren una serie de hechos como violaciones graves; de otro lado, puede identificarse un criterio para definir una violación a los derechos humanos como grave atendiendo a su grado de incompatibilidad con los estándares mínimos de comportamiento ampliamente aceptados, ya sea en normas internacionales o en textos de *soft law*; y finalmente, puede valorarse una violación como grave en atención al grado de dolor y sufrimiento que cause a sus víctimas, al derecho humano violentado, o en relación con la permanencia en el tiempo, con su extensión o carácter de violación continuada⁶⁴⁴.

El complejo cuadro esbozado reitera, como se ha adelantado, la pertinencia de acudir directamente a la práctica internacional para intentar identificar las características propias de este confuso concepto. Sin embargo, aunque sondeando en los textos emitidos por los órganos internacionales que definen la situación de un país o territorio bajo el epígrafe de violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos – o de “*consistent pattern of gross violations of human rights*”- podría esperarse poder aislar las características propias de estos tres adjetivos, es decir, a qué hechos responden cada uno de ellos, este enfoque inductivo plantea también dificultades, pues las definiciones que se encuentran generalmente no desglosan qué elementos se enmarcan en cada uno de los adjetivos, y en las ocasiones en que sí lo hacen, lo común es la referencia a las consideraciones teóricas genéricas recogidas⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, págs. 307-308.

⁶⁴⁴ A este respecto, DOMÍNGUEZ, J., RODLEY, N., WOOD, B. y FALK, R.: *Enhancing Global Human Rights*, McGraw-Hill, Nueva York, 1979, págs. 215 y ss.

⁶⁴⁵ Es materialmente imposible recoger un listado de todas las decisiones de órganos u organismos internacionales en que se contienen definiciones como las mencionadas; con lo que, sin presuponer un clave pero sí paradigmático, valga de ejemplo lo expresado en las Resoluciones de la CDH en relación con el caso palestino-israelí. Allí se dice: “*Seramente preocupada por las violaciones generalizadas, sistemáticas y graves de los derechos humanos perpetradas por la Potencia ocupante israelí, en particular los asesinatos en masa y los castigos colectivos, como la demolición de viviendas y la clausura de los territorios palestinos, medidas que constituyen crímenes de guerra, violaciones flagrantes del derecho internacional humanitario, y crímenes de lesa humanidad...*” Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Graves y masivas violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por Israel”, Resolución S-5/1 de la quinta sesión extraordinaria de

Con todo, sobre esa base y condensando gran parte de lo referido, autoras como Medina Quiroga sí terminan por presentar una definición propia del concepto aquí examinado, considerando este tipo de violaciones como aquéllas que, en cierto modo conexas con políticas estatales, son perpetradas para crear una situación en la que los derechos a la vida, la integridad física o la libertad personal de toda la población, o de un sector o más de la población de un país, son continuamente violentadas o amenazadas⁶⁴⁶.

Fuera de esta excepción, lo cierto es que al margen de la selección de unos u otros criterios o enfoques, tanto la doctrina como los documentos internacionales tienden a finalizar los distintos análisis a través de un listado de crímenes, generalmente sin carácter exhaustivo, que ejemplifican la/s tesi/s que proponen. En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el estudio de Theo van Boven, cuyo argumento se despliega de la siguiente forma: No existiendo una definición acordada sobre la expresión “violaciones flagrantes de los derechos humanos”, el experto opta como parámetros de orientación por: la labor de la CDI relativa al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, los tratados de derechos humanos, etc. Así, sostiene, su estudio tendría indebidamente un alcance limitado si la noción de “violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales” se entendiese en sentido fijo y exhaustivo, prefiriendo una fórmula indicativa o ilustrativa que, termina concluyendo, incluya por lo menos las prácticas siguientes: el genocidio, la esclavitud y prácticas similares, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la desaparición forzada, la detención arbitraria y prolongada, la deportación o el traslado forzoso de poblaciones, y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo⁶⁴⁷.

La más que evidente relación expuesta entre los crímenes de derecho internacional y el concepto que se está tratando de concretar, encuentra una plasmación no sólo unidireccional, sino que es igualmente predicable respecto del contenido de determinados crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos. A este respecto, conviene recordar que en las más recientes definiciones que se recogieron de los crímenes contra la humanidad, el listado de los ilícitos contemplados finaliza con una cláusula abierta que, por atender a su formulación

la Comisión de Derechos Humanos, 19 de octubre de 2000. En análisis más detallados y más próximos al ámbito geográfico prioritario de este estudio, puede ser buen ejemplo lo expresado por la Com.IDH en relación con la situación en la Argentina de finales de los años 70. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina”, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 de abril de 1980, en especial Conclusiones, párr. 1.

⁶⁴⁶ Cfr. MEDINA QUIROGA, C.: *The Battle...*, *op. cit.*, pág. 16.

⁶⁴⁷ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Estudio relativo al derecho de restitución...”, *doc. cit.*, págs. 7-9.

completa, prevé “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”⁶⁴⁸.

Para dotar de significado a esta cláusula, que bien podría reputarse como una “*noción vaga por definición*”⁶⁴⁹, desde mi punto de vista es preciso atender al DIDH, pudiendo completar, de este modo, el sentido del término “inhumano” a través de aquellos actos que atentan de forma más directa contra la dignidad del ser humano, esto es, las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, no toda violación a estos derechos será relevante a tal fin, sino, como establece el artículo recogido, sólo aquéllas que se valoren como especialmente graves, presentándose como criterios en esta evaluación algunos de los ya reseñados; lo que aunque no aclara sustancialmente el horizonte, al menos permite ratificarlos definitivamente. Todo lo expuesto, en definitiva, apunta hacia la existencia de una estrecha relación entre el concepto de violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos y el de crímenes de derecho internacional; relación que, pese a la compleja concreción teórica advertida, no puede confundirse con identidad. Así, teniendo muy presente lo analizado en los apartados anteriores, podría afirmarse que un genocidio cometido por sujetos-órgano de un Estado comporta la violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos pero no, evidentemente, que toda violación de este tipo sea calificable como un genocidio. Incluso si se atiende a la figura más próxima a la violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos como es la de los crímenes contra la humanidad, tan sólo podrá afirmarse que cuando este crimen sea atribuible a un Estado, supondrá igualmente un atentado grave, sistemático y masivo a los derechos humanos; siendo que desde los parámetros señalados, la violación masiva, grave y sistemática a los derechos humanos podrá ser calificada como un crimen contra la humanidad siempre y cuando se cumplan específicamente los más concretos requisitos previstos en la tipificación internacional de este crimen⁶⁵⁰.

De este modo, el concepto de violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos debe entenderse como un término, aunque confuso, autónomo y no asimilable, salvo bajo las condiciones expuestas, al de crimen de derecho internacional. En consecuencia, así será utilizado en las páginas que siguen.

⁶⁴⁸ *Vid.*, artículo 7.1. k) del Estatuto de la CPI. Por su parte, el artículo 5. i) del Estatuto del TPIYUG y 3. i) del Estatuto del TPIRW tan sólo contienen la mención final a “*otros actos inhumanos*”. Véase también COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 17 al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad.

⁶⁴⁹ *Vid.* RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal internacional: ¿Por fin la esperada definición?”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de...*, *op. cit.*, pág. 314.

⁶⁵⁰ Partiendo de una concepción de las violaciones a los derechos humanos como la aquí escogida, ya se ha puesto de manifiesto que en determinados momentos históricos los crímenes contra la humanidad requerían de conexión con otros crímenes de derecho internacional, ya de la existencia de un conflicto armado, ya determinado elemento discriminatorio para su configuración. Si, por su parte, se atiende a la más reciente de las definiciones de este tipo de crímenes, la necesidad de que las víctimas pertenezcan a una población civil es relevante como criterio específico, al no ser conceptualmente necesario para que una violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos se defina como tal.

4) La pertinencia del régimen de responsabilidad aplicable a las violaciones de los derechos humanos.

Resulta una conclusión evidente de todo lo expuesto que la responsabilidad internacional que se verá activada en casos de violaciones a los derechos humanos será, en su caso, una responsabilidad estatal, no la responsabilidad individual de aquél que directamente cometa tal violación. A este respecto, ya se han recogido numerosos argumentos en los que se explicitaba algo que es consustancial a la propia naturaleza del DIDH, esto es, que por decirlo de nuevo en palabras de la Corte IDH:

“... actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos.

(...)

Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es (...) responsabilidad de éste”⁶⁵¹.

Desde este punto de partida ha de advertirse, no obstante, que complementar el régimen jurídico previsto para los crímenes de derecho internacional con un análisis general basado en la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos, como aquí se propone, puede presentar un enfoque no coincidente con el objetivo de este trabajo.

La perspectiva de análisis doctrinal mayoritaria en este ámbito resultaría del estudio de la responsabilidad internacional de aquellos Estados que conculcan de forma grave las normas del DIDH; de los Estados que, por decirlo en corto, violan de forma flagrante los derechos humanos. Estas reflexiones dirigen su atención al ya mencionado antiguo concepto de “crimen internacional”, actual violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general, enfrentando en esencia la compleja determinación de qué tipo de obligaciones en el DIDH presentan tal carácter⁶⁵²; polémico aspecto sobre el que, aun parcialmente, ya me he manifestado en las páginas previas⁶⁵³.

Junto a la posibilidad inicial de abordar esta temática centrándose en la naturaleza de las normas primarias, resulta inmediato el examen de las normas

⁶⁵¹ Vid. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 14, párrs. 53 y 56.

⁶⁵² Además de lo mencionado, en mi opinión continua siendo una obra de referencia en este punto el trabajo de BLANC ALTEMIR, A.: *La violación...*, *op. cit.*

⁶⁵³ Véase apartado 2) del Capítulo III, en especial la nota 399.

secundarias que regulan este campo; cuestión que de otro lado puede también tornarse en protagonista en determinados estudios⁶⁵⁴.

Al mismo tiempo, el estudio de la responsabilidad internacional del Estado desde el DIDH pone de manifiesto una serie de particularidades e, incluso, erosiones en la concepción clásica de este sector del ordenamiento jurídico internacional, que han merecido la atención de otra parte de la doctrina. Muchas de ellas se justifican, ya en las consideraciones anteriores, ya en el cambio de paradigma que se ha apuntado en el primer Capítulo de este trabajo, mientras que otras, en mi opinión, encuentran mejor soporte en algo que ha explicitado Urioste Braga: Los diferentes contenidos de las obligaciones hacen de la responsabilidad, en el campo de los derechos humanos, una materia más compleja que requiere la búsqueda de soluciones apropiadas para cada caso⁶⁵⁵.

En este sentido, no sin razón se ha caracterizado al conjunto de normas que integran el DIDH como un abanico de instrumentos abigarrado⁶⁵⁶, en el que coexisten un notable y diverso número de instancias internacional de control⁶⁵⁷, que aunque a menudo no coordinadas de forma satisfactoria responden, a la postre, a las peculiaridades de un sector del derecho internacional en el que el concepto de normas conmutativas desaparece⁶⁵⁸, transformado a los Estados, por decirlo en unas afortunadas palabras de Cassese, en una casa de cristal a través de la cual la Comunidad Internacional puede vigilar el cumplimiento de unas obligaciones y el respeto de unos derechos cuyo destinatario último es el individuo, considerado como tal⁶⁵⁹. Y es que en este punto, conviene recordar que aun dentro del ordenamiento jurídico internacional, el DIDH presenta una especificidad que va más allá de su ámbito material, de tal suerte que si bien, en líneas generales, el derecho internacional rige relaciones planteadas horizontalmente, el DIDH se centra en cuestiones que en realidad se sitúan verticalmente, en un plano intraestatal que abarca relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo su jurisdicción⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ Además de las referencias ya citadas, véase por ejemplo, CARDONA LLORENS, J.: “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional”, en *ADI*, vol. VIII, 1985.

⁶⁵⁵ Cfr. URIOSTE BRAGA, F.: *Responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁵⁶ Cfr. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, *op. cit.*, pág. 1027.

⁶⁵⁷ Sobre esta cuestión, consúltense los tres trabajos más completos que conozco en la doctrina en castellano: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coordinador): *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 69 y ss.; HITTERS, J. C.: *Derecho Internacional de los derechos humanos*, tomos I y II, Ed. Ediar, Argentina, 1991, págs. 80-118, 253-378 del tomo I y 299-514 del tomo II; VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 379 y ss.

⁶⁵⁸ A este respecto, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano), no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, párr. 122.

⁶⁵⁹ Cfr. CASSESE, A.: *Los derechos...*, *op. cit.*, págs. 232-234 y 248-250.

⁶⁶⁰ Para más datos, CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de...*, *op. cit.*; en sede jurisdiccional, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 1, párr. 24;

No obstante, debe advertirse que, a mi entender, este conjunto de innegables realidades no ha de interpretarse como una afirmación del carácter de *lex specialis* del DIDH en sentido absoluto, tal y como se prevé en el artículo 55 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Así, hay que subrayar que la presencia de peculiaridades en el campo del DIDH no constituye la configuración de un sector propio y excluyente de la responsabilidad internacional del Estado en todos y cada uno de sus pormenores; y es que como bien dijera la CDI, para que se aplique el principio de la *lex specialis* no es suficiente la mera existencia de dos disposiciones que traten las mismas cuestiones, debe existir cierta discrepancia entre ellas, o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra⁶⁶¹.

En algunos puntos que serán protagonistas de los últimos desarrollos de este estudio esta intención se hace evidente, pero, desde un enfoque más amplio, no estará de más recordar que varios trabajos recientes han analizado los paralelismos entre el régimen general de la responsabilidad internacional y las disposiciones particulares de los distintos instrumentos del DIDH según han sido interpretadas por sus órganos de control respectivos, concluyendo que pese a algunas desviaciones⁶⁶² los principios clásicos de la responsabilidad internacional del Estado son plenamente operativos y efectivos en el ámbito del DIDH⁶⁶³.

De este modo, por ejemplo, aun la existencia de una serie de obligaciones específicas derivadas de la comisión de graves violaciones a algunos derechos humanos en el plano interestatal no desplaza el esquema básico de consecuencias derivadas de un hecho ilícito internacional, sino que en este ámbito concreto amplía, o detalla, el régimen general aplicable. Por ello, el mismo Urioste Braga reconoce que las consideraciones recogidas en la CDI, respecto a la responsabilidad por hechos ilícitos, pueden ser aplicables a los casos de lesión de los derechos humanos⁶⁶⁴.

En definitiva, todo lo expuesto puede sintetizarse en dos afirmaciones realizadas por el TEDH y la Corte IDH. Para el primero, a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado, el Tribunal deberá atender a los principios de derecho internacional que regulan esta materia, siendo, no obstante, consciente de las particularidades propias del CEDH como norma convencional del DIDH que es⁶⁶⁵. Por

Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 2, párr. 28.

⁶⁶¹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Cometarios 3 y 4 al artículo 55 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.

⁶⁶² Consúltese, en una aproximación notablemente crítica, EVANS, M. D.: "State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm", en FITZMAURICE, M. y SAROOSHI, D.: *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart, Portland, 2004.

⁶⁶³ Véase, por ejemplo, MCGOLDRICK, D.: "State Responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights", en FITZMAURICE, M. y SAROOSHI, D.: *Issues of...*, *op. cit.*

⁶⁶⁴ Cfr. URIOSTE BRAGA, F.: *Responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pág. 9.

⁶⁶⁵ Cfr. Decisión sobre la admisibilidad del asunto *Vlastimir and Borke BANKOVIĆ, Živana STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, 12 de diciembre de 2001, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 57.

su parte, la Corte IDH, ya desde el *caso Velásquez Rodríguez*, ha sostenido que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁶⁶⁶.

En cualquier caso, si bien algunas de estas cuestiones adquirirán mayor importancia en los últimos desarrollos de este trabajo, es evidente que las perspectivas de estudio, o esfuerzos analíticos, reseñados se circunscriben a una serie de comportamientos y problemáticas que en realidad no son el objeto específico del examen que aquí se está desplegando. Así, aunque es cierto que los procesos de transición que aquí se analizan fueron precedidos por una serie de graves violaciones del DIDH que serían seguramente encuadrables bajo la figura del actual artículo 40 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado, no es ésta la cuestión que debe ser analizada en este trabajo, si no que lo que resulta pertinente es valorar jurídicamente la actuación que tras ellas deben, o debieron, realizar esos Estados. Dicho de otro modo, no se está evaluando la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de esas violaciones a los derechos humanos, sino que lo que se constituye en objeto de estudio son las obligaciones del Estado a la hora de sancionar y reparar, en sentido amplio, esas mismas violaciones.

De este modo, aunque el sector del derecho internacional que interesa en este momento es el de la responsabilidad internacional del Estado, lo que resulta relevante para el presente estudio no es estrictamente ésta, sino cuáles son las obligaciones internacionales previstas en el DIDH cuando se está ante violaciones de los derechos humanos tal y como se han definido; obligaciones que, en definitiva, permitirán completar la estructura jurídica a aplicar a la hora de sancionar los crímenes de derecho internacional perpetrados con anterioridad a los procesos de transición que aquí ocupan, que además comportan una serie de violaciones de los derechos humanos.

No cabe duda de que identificadas estas obligaciones primarias su incumplimiento comprometerá igualmente la responsabilidad internacional del Estado⁶⁶⁷, pero desde lo explicado esta consecuencia tan sólo es pertinente parcialmente, a través de las circunstancias que pueden suponer que la ilicitud de un comportamiento desaparezca, y no así para determinar de qué modo concreto se desplegaría la misma.

Por lo tanto, y en resumen, delimitado el concepto de violación de los derechos humanos, y explicitadas cuales de éstas son relevantes para el presente trabajo, resulta ahora preciso identificar con la mayor claridad posible las obligaciones que ha de cumplir un Estado para sancionar las violaciones de estos derechos, mas, no sólo respecto a los victimarios sino también para atender a las víctimas. Esta labor ocupará

⁶⁶⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 164.

⁶⁶⁷ Para más datos, véase apartado 2. c) del capítulo VI.

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz

el siguiente Capítulo, prestando especial atención como es natural al régimen previsto en el sistema interamericano.

CAPÍTULO VI

OBLIGACIONES ESTATALES DERIVADAS DE LA COMISIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR, SANCIONAR Y REPARAR

1) Primera aproximación: El deber de garantía y el deber de respeto en el ámbito de los derechos humanos.

En la línea de lo justificado en el anterior Capítulo, conviene iniciar el presente subrayando que pese a la existencia de múltiples definiciones del DIDH, tributarias esencialmente del concepto de derecho internacional público que se escoja⁶⁶⁸, es posible identificar en todas ellas un rasgo común: la finalidad de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Si se dejan al margen las consideraciones propias de la conocida como “ciencia de los derechos humanos”, la protección de los derechos esenciales del ser humano, *in genere*, como criterio teleológico armonizador de toda aproximación al DIDH es indiscutible. De aquí que el principio *pro homine* ha de ser considerado como la pieza medular de interpretación del DIDH⁶⁶⁹; carácter que no sólo debe entenderse como propio del mundo de la lógica, la doctrina, o, si se prefiere, la teoría, sino que encuentra igualmente sustento en normas convencionales de este sector del ordenamiento jurídico internacional⁶⁷⁰.

Asumiendo entonces el DIDH como el sector del ordenamiento jurídico internacional que tiene por objeto básico la protección de los derechos humanos⁶⁷¹, se hace precisa una primera distinción esencial para este trabajo. Tanto inicialmente la

⁶⁶⁸ Sobre el particular, VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 85-91.

⁶⁶⁹ Sobre el mismo, PINTO, M.: “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M y COURTIS, CH. (compiladores): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁶⁷⁰ Véase, por ejemplo, artículo 29 de la CIDH.

⁶⁷¹ Protección que ha de ser entendida desde una perspectiva amplia que incluya facetas tan importantes como la promoción y la prevención de violaciones a los derechos humanos. Para una primera aproximación sobre este asunto, véase el reseñable trabajo de SICILIANOS, L-A.: *The Prevention of Human Rights Violations*, Ant. N. Sakkoulas Publishers y Martinus Nijhoff Publishers, Grecia, 2001.

doctrina como después todos los textos internacionales han identificado dentro de este principio de protección dos grandes tipos de obligaciones para el Estado: La obligación de respetar y asegurar los derechos humanos, de un lado, y la obligación de garantizar los mismos, del otro; obligaciones conocidas en corto como deber de abstención o respeto y deber de garantía⁶⁷².

Ciertamente, es clásica la diferenciación general entre estas dos facetas con relación a cualquier derecho, pero en el contexto de este análisis la misma adquiere una importancia esencial. Sin embargo, conviene advertir que pese a las dos facetas que cubren estas obligaciones, y los derechos particulares derivados, ambas han de ser consideradas como las dos caras fundamentales en el cumplimiento de la finalidad expresada de todo el ordenamiento jurídico internacional que configura al DIDH.

La interrelación expuesta encuentra plasmación en el reconocimiento internacional de estas dos obligaciones, siendo que su materialización normativa suele abrir los distintos instrumentos jurídicos, universales y regionales, de este sector. Con la salvedad de lo dispuesto en el CEDH⁶⁷³, esta forma de reconocimiento del deber de respeto y el deber de garantía de los derechos humanos puede identificarse, por ejemplo⁶⁷⁴, en el contenido de los artículos 2.1 del PIDCP y 1.1 de la CIDH, según los cuales –por referir la redacción más próxima al ámbito geográfico de este estudio–:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social.”

De este modo, el deber de respetar y asegurar los derechos humanos queda configurado, esencialmente, como una obligación para el Estado de abstención o de no hacer; en virtud del mismo, los Estados se comprometen a no violar, por acción u omisión, los derechos humanos consagrados en los textos mencionados. Sin embargo, adviértase, este deber no se agota en esta dimensión, los Estados también deben asegurar la vigencia, goce y disfrute de los derechos humanos mediante acciones positivas, a través de un sistema legal, político e institucional adecuado para asegurar ese respeto.

Esta obligación encontraría su mejor adecuación en lo relativo a la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos, tal y como se

⁶⁷² Sobre esta cuestión, AGUIAR, A.: “La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de derechos humanos”, en VV.AA: *Estudios Básicos...*, *op. cit.*, págs. 131-134; GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad...*, *op. cit.*, pág. 37; NIKKEN, P.: “El concepto de derechos...”, *op. cit.*, págs. 29-30; RIPOL CARRULLA, S.: “La respuesta desde el sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales” en SOROETA LICERAS, J. (ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, págs. 160-161.

⁶⁷³ El artículo 1 del CEDH solamente contiene una previsión general de la que tan sólo pueden extraerse estas dos obligaciones a través de una interpretación sistemática de todo el Convenio.

⁶⁷⁴ Autores como Ambos llegan a encontrar este asidero incluso en la Carta de las Naciones Unidas, a pesar de advertir el carácter problemático de esta interpretación. Cfr. AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, pág. 89.

explicó en el Capítulo anterior; y es que ha de asumirse que toda violación a los derechos humanos, considerados individualmente, conlleva ineludiblemente la violación estatal de la obligación de respeto de los mismos. A este respecto, ya la Corte IDH en su primera sentencia afirmó que el artículo 1.1 de la CIDH contenía la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda lesión de esos derechos implica necesariamente la violación del artículo 1.1 de la Convención⁶⁷⁵.

El contenido del deber de garantía, sin embargo, estaría referido a las obligaciones del Estado de prevenir las violaciones a los derechos humanos, investigarlas una vez ocurridas, procesar y sancionar a sus autores, en su caso, y reparar los daños, materiales y morales, causados. Respondería, de tal modo, al conjunto de obligaciones que el Estado ha de cumplir cuando se presume la existencia de una violación de los derechos humanos, no estando circunscrito por tanto al comportamiento inicial que el Estado debe adoptar para respetar esos derechos, sino a una obligación posterior de respuesta ante ellas. Se concretaría, en definitiva, en las obligaciones estatales existentes cuando se trate de sancionar, en sentido amplio, las violaciones a los derechos humanos; conformándose por ello en el elemento clave de análisis a los efectos de este trabajo.

La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en el Salvador (ONUSAL), en su informe de febrero de 1992, precisamente sostuvo que el deber de garantía comprendería el conjunto de obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos, el deber de prevenir las conductas antijurídicas y si éstas se producen de investigarlas, de juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas⁶⁷⁶; deberes principales junto a los que puede identificarse otro implícito y derivado de ellos: la obligación de recoger en el derecho interno de cada Estado las violaciones a los derechos humanos como actos ilícitos, tal y como ocurre respecto de los crímenes de derecho internacional.

En conclusión, como especificara la Com.IDH:

“... los conceptos de deber de respeto y de deber de garantía de los derechos fundamentales a cargo de los Estados. Ambos deberes estatales, de respeto y de garantía, constituyen la piedra angular del sistema de protección internacional, pues ellos remiten al compromiso internacional de los Estados de limitar el ejercicio del poder, y aún de su soberanía, frente a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. El deber de respeto implica que los Estados deben asegurar la vigencia de todos los derechos contenidos en la Convención mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado

⁶⁷⁵ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 162. No obstante, en la misma sentencia la Corte matiza posteriormente esta afirmación general señalando que: “Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.” *Vid. Ibid.*, párr. 175.

⁶⁷⁶ Cfr. MISIÓN DE OBSERVADORES DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL SALVADOR: “Informe de 19 de febrero de 1992”, Documento de las Naciones Unidas: A/46/876 S/23580, párrafo 28.

para tales fines. Por su parte, el deber de garantía implica que los Estados deben asegurar la vigencia de los derechos fundamentales procurando los medios jurídicos específicos de protección que sean adecuados, sea para prevenir las violaciones, sea para restablecer su vigencia y para indemnizar a las víctimas o a sus familiares frente a casos de abuso o desviación del poder. Estas obligaciones estatales van aparejadas del deber de adoptar disposiciones en el derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención (artículo 2)...⁶⁷⁷.

De este modo, una violación a los derechos humanos supondrá, en primer lugar, la responsabilidad internacional del Estado por vulneración de la obligación de respeto de estos derechos, responsabilidad a la que, como irá viendo en las próximas páginas, podrá (o deberá) añadirse otra derivada del incumplimiento del deber de garantía; y todo ello con independencia de la propia responsabilidad comprometida por atentar, individualmente, contra los derechos humanos consagrados en el texto de referencia.

Tal como se justificó, de todo este conjunto de responsabilidades internacionales activadas, de obligaciones internacionales a respetarse, en este trabajo resulta preciso poner atención básicamente a las obligaciones dimanantes del deber de garantía y, consecuentemente, a los derechos humanos relacionados con ellas.

2) El deber de garantía de los derechos humanos.

2. a) Construcción del concepto de deber de garantía.

En la configuración de este concepto merece la pena mencionar una primera posibilidad de distinción dentro del propio deber de garantía de los derechos humanos, entendido en sentido amplio. La explicación del Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michael Frühling, resulta la mejor referencia para ello. Frente a los derechos humanos de cualquier persona, pueden encontrarse deberes de tres tipos o géneros: 1) El deber de respeto. 2) El deber de protección. 3) El deber de garantía.

En cuanto al deber de protección, señala Frühling, corresponden al Estado las competencias atinentes a la resolución de conflictos y a la aplicación de sanciones mediante actos decisorios dictados con fuerza de cosa juzgada, y las competencias relacionadas con la creación, el mantenimiento y la actuación de cuerpos armados a cuyo cargo estén la protección del orden público y la defensa nacional. El deber de garantía de los derechos humanos, como el de protección, también recae de manera exclusiva y privativa en el Estado. Sólo él cuenta con la fuerza legítima y con la competencia necesaria para asegurar a los titulares de esos derechos los mecanismos y

⁶⁷⁷ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 1/96, caso 10.559, *Chumbivilcas*, Perú”, 1 de marzo de 1996, Parte V, apartado c.

las vías mediante los cuales sus bienes jurídicos estén a salvo de abusos, desafueros, atropellos y otras conductas reprochables. El Estado ejerce sus deberes de protección y garantía, continúa Frühling, cuando adopta medidas para salvaguardar los derechos fundamentales de los integrantes de su población de ataques provenientes, ya de personas que abusan en forma criminal del poder, ya de personas que, de manera individual o asociándose con otras, lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicamente tutelados por la ley. Los deberes que al Estado imponen, en materia de derechos humanos, la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, abarcan la obligación estatal de prevenir las conductas punibles y sancionar a los responsables de las mismas⁶⁷⁸.

Esta disociación del deber de garantía, en deber de protección y deber de garantía en sentido restringido, permite observar la pluralidad de obligaciones que se derivan del mismo; admitiendo en consecuencia distintos enfoques para abordar su análisis. No obstante, la distinción ampliamente aceptada dentro del campo de los derechos humanos caracteriza al deber de garantía como un conjunto de obligaciones diferenciables, estrictamente, del deber de respeto de los derechos humanos, y consistentes, en atención a la construcción jurisprudencial realizada en el *caso Velásquez Rodríguez*, en el deber estatal de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación. Así, en virtud de este deber el Estado está en la obligación jurídica de prevenir las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes, y de asegurar a la víctima una adecuada reparación⁶⁷⁹.

Esta definición de la Corte IDH ha sido ampliamente reiterada en otras decisiones posteriores⁶⁸⁰, pudiendo de esta forma identificarse dentro del genérico deber de garantía al menos tres obligaciones esenciales⁶⁸¹ que el Estado debe cumplir ante una violación de los derechos humanos: 1) La obligación de investigar. 2) La

⁶⁷⁸ Cfr. FRÜHLING, M.: “Los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el secuestro y los acuerdos especiales”, en el foro: “Panel Internacional sobre Acuerdo Humanitario y los Niños en la Guerra”, 15 de mayo de 2003, en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/pos0319.pdf>, págs. 1-2.

⁶⁷⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párrs. 166 y 174. Sobre la relación entre el deber de prevención y el deber de garantía, es interesante, *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párr. 185.

⁶⁸⁰ Véase, entre otros, *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5; *caso Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 22; *caso El Amparo v. Venezuela, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia del 14 de septiembre de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 28; *caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 34; *caso Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 35; *caso Trujillo Oroza v. Bolivia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 92.

⁶⁸¹ Sobre el conocido como “derecho a la verdad”, véase apartado 3. e) de este Capítulo.

obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables. 3) La obligación de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, a partir del decenio de 1990 el TEDH se ha valido de los artículos 2, 3, 5 y 13 del CEDH para reconocer en diversas decisiones que los Estados Parte están obligados a investigar exhaustiva y efectivamente, castigar, y reparar en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, y torturas⁶⁸².

No obstante lo anterior, es también común encontrar distintas percepciones o clasificaciones sobre las obligaciones contenidas en el deber de garantía que, si bien no niegan lo expuesto, ponen el acento en uno u otro aspecto. Así por ejemplo, la Defensoría del Pueblo del Perú, en su dictamen sobre las leyes N° 26479 y N° 26492, desglosa el deber de garantía en 1) La obligación de investigar y hacer públicos los hechos acreditados; 2) la obligación de procesar y sancionar a los responsables; 3) la obligación de enmendar los daños materiales y morales causados a las víctimas; y 4) la obligación de separar de las instituciones públicas –por ejemplo, de las Fuerzas Armadas- a aquellos que hayan cometido, ordenado o tolerado estos delitos⁶⁸³.

De cualquier modo, es evidente que el deber de garantía queda definido, a la postre, no como una sola obligación, sino como un conjunto de obligaciones que el Estado debe atender en casos de violaciones a los derechos humanos; construcción, de otro lado, que se conforma en referente en este ámbito, siendo reconocida casi excepción⁶⁸⁴.

Ahora bien, desde una perspectiva u otra es necesario aclarar que estas obligaciones constituyen en realidad un solo deber para el Estado, por ello deben atenderse todas ellas para cumplir la obligación primaria. A este respecto, el deber de garantía ha de evaluarse como un conjunto de obligaciones de naturaleza complementaria, no alternativa ni sustitutiva, no siendo posible, en ningún caso, que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir.

En este sentido, el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas ha sostenido que sobre la base del DIDH los Estados están obligados a investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación del derecho a la vida para identificar, someter a la justicia y castigar a los

⁶⁸² Cfr., entre otras, *caso Kaya v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 19 de febrero de 1998; *caso Kurt v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 25 de mayo de 1998; *caso Yasa v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 2 de septiembre de 1998; *caso McCann and others v. The United Kingdom, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 27 de septiembre de 1998; *caso Assenov and others, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 28 de octubre de 1998. Todas en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

⁶⁸³ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ: “Amnistía vs. Derechos Humanos. Buscando justicia”, Informe Defensorial N°. 57, mayo del 2001, disponible en <http://www.ombudsman.gob.pe/informes/Informe%2057.pdf>, págs. 33 y 34.

⁶⁸⁴ Existen algunas voces que en una defensa del conocido como “derecho a la verdad” olvidan esta circunstancia, afirmando el carácter independiente de la obligación de investigar y la de sancionar. En este sentido, PASQUALUCCI, J.: “The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System”, en *Boston University International Law Journal*, n°. 12, octubre de 1994, en especial pág. 331.

autores, obtener reparación a las víctimas o sus familiares y adoptar medidas eficaces para evitar que dichas violaciones se repitan en el futuro. Los dos componentes de esta cuádruple obligación son valorados, además, como los elementos disuasorios más eficaces para impedir las violaciones de derechos humanos⁶⁸⁵.

Posición que de igual suerte puede encontrarse en las decisiones de la Com.IDH, para quien:

*“El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”*⁶⁸⁶.

Y es que como ha declarado la Corte IDH, en última instancia incluso cuando la víctima perdona al autor de la violación de sus derechos, el Estado está obligado a sancionarlo, ya que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención⁶⁸⁷.

En resumen, el deber de garantía debe ser considerado como un conjunto de obligaciones conformadas como un deber jurídico propio del Estado, y no como una mera respuesta a intereses o voluntades particulares. Una obligación que ha de asumir y materializar por propia iniciativa, sin esperar actuación procesal alguna por parte de las víctimas o de sus familiares. Un deber jurídico al que por tanto, el Estado no podrá renunciar, viéndose comprometida su responsabilidad internacional en caso de hacerlo⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1994/7, Add2, 15 de noviembre de 1993, párr. 688.

⁶⁸⁶ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 36/96, Chile, caso 10.843”, 15 de octubre de 1996, párrafo 77. Igualmente, “Informe N°. 34/96, Chile, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282”, 15 de octubre de 1996; e “Informe N°. 25/98, Chile, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705”, 7 de abril de 1998.

⁶⁸⁷ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria v. Argentina*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 39. párr. 72.

⁶⁸⁸ A este respecto, consúltense COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 136/99, Ignacio Ellacuría, S. J.; Segundo Montes, S. J.; Armando López, S. J.; Ignacio Martín Baró, S. J.; Joaquín López y López, S. J.; Juan Ramón Moreno, S. J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, caso 10.488”, 22 de diciembre de 1999, párr. 230; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú”, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 230.

2. b) Regulación jurídica internacional: Su vinculación con la figura de los remedios efectivos.

Desde la caracterización inicial presentada, son muchos los textos en los que puede encontrarse, ya una mención concreta del deber de garantía, ya disposiciones relativas a concretos derechos conexos con el mismo. Aunque esta segunda cuestión será retomada más adelante, ponerla de manifiesto en este momento resulta pertinente con vistas a conformar de forma más completa tanto la regulación jurídica internacional de este complejo deber, como para ir construyendo una definición global del mismo.

Así, refiriendo el análisis al derecho convencional, además de en los ya citados CEDH (artículos 1, 6 y 13), Carta ADHP (artículos 1, 2 y 7), PIDCP (artículo 2 y 14) y CIDH (artículo 1.1, 8.1 y 25), ha de advertirse que la CIDFP (artículo 1 y 4), la CICT (artículo 1, 6, 8 y 12), y la CCT (artículo 1.2, 4.2, 5, 6, 7, 12, 13 y 14) contienen previsiones en este sentido.

Junto a ellos, un gran número de textos declarativos reiteran este deber; de entre los que cabe destacar la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos⁶⁸⁹, y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias⁶⁹⁰. El primero de estos textos declara:

“Artículo 9. 1. En el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidas la promoción y la protección de los derechos humanos a que se refiere la presente Declaración, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos.

2. A tales efectos, toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido presuntamente violados tiene el derecho, bien por sí misma o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial y competente o cualquier otra autoridad establecida por la ley y a que esa denuncia sea examinada rápidamente en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida.

3. A los mismos efectos, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, entre otras cosas, a: a) Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas o ante cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, las cuales deben emitir su decisión

⁶⁸⁹ ASAMBLEA GENERAL: “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999.

⁶⁹⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, en http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/54_sp.htm. Resolución adoptada por la AG con posterioridad bajo el rótulo “Los derechos humanos en la administración de justicia”, Documento de Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989.

sobre la denuncia sin demora indebida; b) Asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables; c) Ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales.

(...)

5. El Estado realizará una investigación rápida e imparcial o adoptará las medidas necesarias para que se lleve a cabo una indagación cuando existan motivos razonables para creer que se ha producido una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier territorio sometido a su jurisdicción”⁶⁹¹.

En un campo más concreto, y significativamente relacionado con el objeto de este estudio, los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias declaran:

“9. Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones (...).

11. En los casos en los que los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes debido a la falta de competencia o de imparcialidad, a la importancia del asunto o a los indicios de existencia de una conducta habitual abusiva, así como en aquellos en los que se produzcan quejas de la familia por esas insuficiencias o haya otros motivos sustanciales para ello, los gobiernos llevarán a cabo investigaciones por conducto de una comisión de encuesta independiente o por otro procedimiento análogo.

(...)

18. Los gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito.

(...)

20. Las familias y las personas que estén a cargo de las víctimas de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias tendrán derecho a recibir, dentro de un plazo razonable, una compensación justa y suficiente”⁶⁹².

De este modo, el deber propio del Estado señalado en el apartado anterior se ve complementado con otro tipo de obligaciones; relación que explícitamente se recoge en otro importante documento como es el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, cuyo principio 19 afirma:

⁶⁹¹ Vid. ASAMBLEA GENERAL: “Declaración sobre el derecho y el deber...”, *doc. cit.*, artículo 9.

⁶⁹² Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “Principios relativos a una eficaz...”, *doc. cit.*, principios 9, 11, 18 y 20.

*“Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso”*⁶⁹³.

Resulta evidente por lo expuesto que las obligaciones derivadas del deber de garantía requieren de un enfoque amplio que dote de un significado más detallado a la genérica formulación de las obligaciones de investigar, procesar, sancionar y reparar en casos de violaciones a los derechos humanos. A este respecto, los textos recogidos presentan en primera instancia a este deber como íntimamente ligado a la figura de los “remedios efectivos” (*effective remedy*), afirmación que aunque discutida por parte de la doctrina⁶⁹⁴, es ampliamente suscrita por la misma Corte IDH⁶⁹⁵.

Ahora bien, esta realidad requiere una reflexión previa. Desde una aproximación meramente teórica podría sostenerse que esta figura, en realidad, encuentra su razón de ser eminentemente a través del *habeas corpus*, institución que realmente se aleja del ámbito de este trabajo. A este respecto, por ejemplo, la Corte IDH ha mantenido que si bien regulado en el artículo 7.6 de la CIH, el *habeas corpus* es reconocible como un aspecto específico dentro de la figura general contenida en el artículo 25, presentado una importancia cardinal por la función que cumple como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; en consecuencia, concluye la Corte, la realidad iberoamericana ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *habeas corpus* es parcial o totalmente suspendido⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principio 19.

⁶⁹⁴ En este sentido, Nash Rojas ha sostenido que: “Nos parece más apropiado el razonamiento que vincula la obligación de investigar, sancionar y reparar como una expresión del deber de garantía del derecho violado, en la medida en que esto potencia el derecho en sí y la referencia al art. 25 (de la CIDH) pasa a ser instrumental y no substancial.” Vid. NASH ROJAS, C.: *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2004, pág. 48.

⁶⁹⁵ Así por ejemplo, la Corte en el caso *Castillo Páez* expresamente afirmó que: “El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.” Vid. *Caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 34, párr. 83. Véanse igualmente, *caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 70, párr. 201; *caso Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 68, párr. 130.

⁶⁹⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987 sobre *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párrs. 35 y 36. En sentido similar, véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación

Al mismo tiempo, la caracterización realizada de obligación propia e independiente del Estado que es el deber de garantía conduciría a rebajar la importancia de la institución de los recursos efectivos, en tanto que sería de esperar que tal derecho no sería invocable en este caso ante la obligada actuación de oficio por parte de los órganos estatal. Sin embargo, las mismas consideraciones de la Corte advierten de la generalizada impunidad, de hecho y de derecho, existente en los países objeto de este estudio; realidad que obliga a situar en un lugar preferente a la obligación de brindar un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos dentro del más amplio deber de garantía exigible en tales casos. En este orden de ideas, la propia Corte ha sostenido que el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la CIDH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática⁶⁹⁷.

Desde esta premisa, puede apuntarse que aunque el reconocimiento de la figura de los recursos efectivos puede situarse ya en previsiones como la del artículo 8 de la DUDH, desde un enfoque completo es el artículo 2.3 del PIDCP el que especifica que:

“3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que: a) a toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso oficial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.”

El contenido de este derecho a un recurso efectivo se encuentra, igualmente, vinculado con ciertas garantías de la *otra parte procesal* conocidas bajo el rótulo del “debido proceso”; justificando en este sentido la referencia a lo establecido en el artículo 14.1 del Pacto, esto es, que:

*“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”*⁶⁹⁸.

A través de lo dispuesto en estos de dos artículos puede comprenderse de forma completa lo que se ha ido exponiendo en las páginas anteriores; es decir, por usar las opiniones del Com.DH, que además redirigen estas previsiones al específico objeto de este trabajo: Como consideración general, tal y como se señaló en el caso Nydia Erika Bautista, que el Estado Parte tiene el indubitable deber de investigar a fondo las violaciones de derechos humanos y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes

general No. 6: Artículo 6 - Derecho a la vida”, en “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004, párr. 4.

⁶⁹⁷ Cfr. *Caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: No. 34*, párr. 82.

⁶⁹⁸ Véanse, en este mismo sentido, el artículo 8 CIDH y el 6 del CEDH.

sean considerados responsables de esas violaciones⁶⁹⁹. Desde aquí y de forma más desarrollada, a tenor de la Observación General No. 7 en relación con la prohibición de la tortura, que las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes, quienes sean culpables deben ser considerados responsables, y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una reparación⁷⁰⁰. Finalmente, en la Observación General N°. 20, que sustituyó a ésta, el Comité sostuvo de forma más detallada que:

“8. El Comité observa que, en relación con la aplicación del artículo 7, no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción.

(...)

El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Partes deberán indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada. El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. Los informes de los Estados Partes deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas”⁷⁰¹.

En esta misma línea, la figura de los recursos efectivos aparece formulada en el CEDH, cuyo artículo 13 señala que:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Sobre la base de este artículo, el TEDH, en el caso *Kudla v. Polonia*, ha detallado que aunque el alcance concreto de la obligación contenida en el artículo 13 dependerá de la violación específica considerada, todo recurso ha de ser efectivo tanto en su regulación jurídica como en su aplicación práctica. A estos efectos, un recurso no podrá valorarse como inefectivo si no logra un resultado idéntico al demandado, como tampoco todo recurso habrá de implicar la participación de autoridad judicial, siendo lo relevante, el análisis de los poderes y garantías de la autoridad competente para evaluar si el recurso en sí es efectivo. En última instancia, apunta el Tribunal, para concluir si

⁶⁹⁹ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Caso Nydia Erika Bautista, (Colombia)”, Comunicación N° 563/1993, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/55/D/563/1993, 13 noviembre de 1995, párrafo 8.6.

⁷⁰⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 7 sobre el artículo 7”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev. 1, 19 de mayo de 1989, párr. 1.

⁷⁰¹ *Id.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 20 sobre el artículo 7”, 44º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992, párrs. 8 y 14.

los recursos existentes son efectivos habrá de estarse no sólo a uno de ellos, sino al conjunto disponible⁷⁰².

En el ámbito africano también se encuentra una previsión similar a las anteriores; y así, según el artículo 7 de la Carta ADHP:

“1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.”

Derechos que acabando este breve repaso con el texto que es referencia en este trabajo, la CIDH, encuentran asidero en su artículo 25:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Esta previsión ha llevado a la Corte IDH a declarar que la CIDH garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar, y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones a los derechos humanos; y en este sentido, y en concreto, que el artículo 8.1 de la Convención guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1, asegurando a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones a los derechos humanos sean juzgados⁷⁰³.

Para concluir este apartado, son de gran utilidad las palabras de la Corte en su opinión consultiva sobre las *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, ocasión en la que de una forma más completa, se sostuvo que:

“El artículo 25(1) incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención “... los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8(1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (...). Según este principio, la inexistencia de

⁷⁰² Cfr. *Caso Kudla v. Poland*, *Merits and just satisfaction*, sentencia de 26 de octubre de 2000, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 157.

⁷⁰³ Cfr. *Caso Blake v. Guatemala*, *Reparaciones*, sentencia de 22 de enero de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencia*, No. 36, párrs. 61 y 63.

un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar⁷⁰⁴.

En definitiva, el deber de garantía está claramente regulado en el ordenamiento jurídico internacional, imponiendo a los Estados un conjunto de obligaciones complementarias que, fuera de ser entendidas aisladamente, han de ser interpretadas en todo momento desde la perspectiva de las exigencias derivadas del derecho a un recurso efectivo.

2. c) Significación del deber de garantía.

Es posible colegir de todo lo expuesto la caracterización del deber de garantía como un núcleo jurídico esencial en el ámbito del DIDH del que irradian una serie de obligaciones estatales, y de derechos individuales, a ser atendidos en casos de violación a los derechos humanos. Un núcleo jurídico además que, como he tratado de explicitar, resulta común a toda la normativa del DIDH, no existiendo norma o incluso sistema, ya universal, ya regional en el que el mismo no se recoja explícita o implícitamente como piedra angular de toda la estructura.

En este sentido, resultan especialmente ilustrativas las reflexiones del actual Presidente de la Corte IDH, para quien la conducta ilícita genera una lesión jurídica que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia; siendo ésta la “prueba de fuego” para un sistema tutelar de bienes, en tanto que donde hay violación sin sanción o daño sin reparación, el Derecho entra en crisis, no sólo como instrumento para resolver cierto litigio, sino para resolverlos todos, es decir, para asegurar la paz con justicia⁷⁰⁵.

Ahora bien, al mismo tiempo esta posición protagónica puede predicarse, a mi entender, respecto del papel que juega el deber de garantía en el funcionamiento de la protección internacional de los derechos humanos. Y así que aunque es cierto que toda violación de estos derechos conlleva, en líneas generales, la conculcación del deber de respeto de los mismos, ha de subrayarse que para que exista una verdadera responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos debe comparecer la vulneración del deber de garantía.

A este respecto, debe recordarse que el sistema internacional de protección de los derechos humanos descansa sobre la consideración de su carácter subsidiario respecto de las medidas que los Estados deben tomar a través de su derecho interno;

⁷⁰⁴ Vid. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 9, párrafo 24. La negrita es mía.

⁷⁰⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S.: “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de...*, op. cit., pág. 129.

siendo esta situación tan sólo la consecuencia de un requisito común a todo el derecho internacional, esto es, que el Estado en que se ha cometido una lesión debe, en primer lugar, tener la oportunidad de remediarla en el marco de su ordenamiento jurídico interno, como oportunamente ya subrayó la jurisprudencia de la CIJ⁷⁰⁶. De este modo, si el Estado investiga, juzga, sanciona y repara la violación de un derecho humano cumpliendo los estándares exigibles a través de su ordenamiento jurídico interno, el caso nunca pasará a la esfera internacional.

Así, para que los órganos del sistema internacional realicen su función de protección de los derechos humanos no se requiere que los mismos, en general, sean violados, sino que en particular, esa violación se vea acompañada del incumplimiento del deber de garantía. En otras palabras, toda declaración de la responsabilidad internacional del Estado estará referida a un incumplimiento del deber de garantía, a una vulneración del deber de respeto, y a un atentado contra el derecho particular analizado.

En este sentido, el deber de garantía puede situarse como la obligación tanto básica como última desde la perspectiva del DIDH, valorando, en consecuencia, los incumplimientos de la misma como especialmente censurables. Y es que, junto a esta argumentación jurídica, debe tenerse en cuenta que mientras una violación de los derechos humanos puede ser justificable sobre la base de muy determinados comportamientos de un reducido número de agentes estatales, o incluso de uno sólo de ellos, la vulneración del deber de garantía supone además de la violación de varias obligaciones internacionales, la existencia de todo un aparato de justicia discordante con las exigencias internacionales.

Esta afirmación con seguridad requeriría ser matizada por su carácter generalista, pudiendo enfocar esta discordancia no sólo a un patrón de impunidad enquistada, sino también, por ejemplo, a divergencias en la interpretación realizada por los tribunales internos y las instancias internacionales; pero, aun desde esta perspectiva, no cabe duda de que un notable número de las declaraciones, o condenas, sobre la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos conllevan una reprobación hacia la labor de los órganos de justicia interna implicados por acción o por omisión. Reprobación que, adelantese, en el ámbito de este trabajo termina por conformarse en una crítica directa y abierta hacia la insoportable estructura de impunidad en los casos de violación a los derechos humanos imperante en la mayoría de los Estados iberoamericanos⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Véase, por ejemplo, *asunto de la Interhandel (Suiza v. Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 1959, pág. 27.

⁷⁰⁷ Para más datos, véase capítulos VIII y IX, en especial su apartado 1).

3) Obligaciones específicas contenidas en el deber de garantía.

3. a) Presupuesto.

Las reflexiones realizadas en el Capítulo anterior han tratado de justificar cuando además de estar ante actuaciones valorables como crímenes de derecho internacional, esos mismos comportamientos pueden ser calificados como violaciones a los derechos humanos; al tiempo que se ha puesto de manifiesto la existencia de violaciones a esos mismos derechos no tipificadas como crímenes de derecho internacional. Respecto de estos últimos, ya en los primeros Capítulos se analizaron y desglosaron las obligaciones estatales a la hora de sancionarlos, resultando en este momento necesario enfrentar la misma labor en relación con las violaciones de los derechos humanos concurrentes en un crimen de derecho internacional.

A estos efectos, si bien ya se afirmado la existencia de una obligación general recogida bajo el rótulo del deber de garantía, advirtiendo el carácter compuesto y complementario de la misma, resulta ahora preciso detallar las obligaciones específicas que, dentro de ella, el Estado deberá materializar cuando se perpetren violaciones a los derechos humanos. Así, tal y como anuncié, se terminaría de cerrar la estructura jurídica aplicable a lo que se abordará en la segunda Parte de este trabajo.

3. b) La obligación de investigar.

El deber de investigar se conforma como la obligación inicial en casos de violación a los derechos humanos, siendo caracterizada, de igual modo, como uno de los principales pilares de la protección efectiva de los mismo⁷⁰⁸.

En la línea de lo expuesto respecto de la figura de los recursos efectivos, esta obligación se torna esencial en relación con las violaciones de los derechos humanos con carácter continuado, esto es, en el contexto de este trabajo, en relación con los casos de desaparición forzadas de personas⁷⁰⁹. Ello justifica, a mi entender, que en la Declaración y Programa de Acción de Viena se realizara una única y expresa mención a este particular subrayando que *“es obligación de todos los Estados, en cualquier circunstancia, emprender una investigación siempre que haya motivos para creer que se ha producido una desaparición*

⁷⁰⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones...”, *doc. cit.*, párr. 686.

⁷⁰⁹ En este sentido, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación general N° 6...”, *doc. cit.*, en especial párr. 4.

*forzada en un territorio sujeto a su jurisdicción y, si se confirman las denuncias, enjuiciar a los autores del hecho*⁷¹⁰.

En todo caso, lo que resulta ahora necesario es concretar la obligación general de investigar las violaciones de los derechos humanos, definir de qué modo el Estado debe llevarla a cabo. Sobre esta cuestión, resulta conveniente aclarar de inicio que esta obligación tendrá contenidos específicos dependiendo de los derechos violados; así por ejemplo, en relación con los casos de desaparición forzosa, la Corte IDH ha expresado la necesidad de identificar a los responsables, encontrar los restos de la víctima, entregarlos a los familiares, y dar a conocer cuál fue el destino de la misma⁷¹¹.

Ahora bien, al margen de las particularidades propias de uno u otro derecho, resulta posible aislar una serie de caracteres aplicables a toda investigación por violaciones a los derechos humanos. Existen numerosas declaraciones de las que puede extraerse la exigencia de una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial⁷¹²; formulación que de manera expresa ha sido consignada por la Corte IDH:

“En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona (...), sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares⁷¹³, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁷¹⁴.

El deber de investigar resulta, entonces, una obligación que el Estado no puede eludir en ningún caso, aunque no exista reclamación directa por parte de las víctimas o, incluso, cuando se otorgue una indemnización general a las mismas⁷¹⁵. No es, por tanto, una obligación que pueda computarse como condicional o alternativa bajo ninguna circunstancia; tal y como ya se había advertido en la caracterización general que se hizo páginas atrás.

Conviene precisar que la obligación de investigar no ha de interpretarse como un deber de resultado, sino como una obligación de comportamiento; de tal suerte que

⁷¹⁰ Vid. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, “Declaración y Programa de Acción de Viena”, *doc. cit.*, párr. 62.

⁷¹¹ Véase, por ejemplo, *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párr. 191.

⁷¹² Cfr., a modo de ejemplo, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “Principios relativos a una eficaz...”, *doc. cit.*; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, *doc. cit.*

⁷¹³ En mi opinión, esta frase ha de interpretarse no como la aceptación de que un particular puede violar las normas del DIDH, sino en el sentido de que esas investigaciones deben realizarse con independencia de que finalmente sea uno u otro el sujeto que se encuentre como responsable.

⁷¹⁴ Vid. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párr. 177.

⁷¹⁵ Además de lo ya mencionado, consúltese COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones...”, *doc. cit.*, párr. 47.

el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado completo satisfactorio no puede valorarse como un incumplimiento de la obligación referida; siempre y cuando, debe reiterarse, la misma cumpla las exigencias de exhaustividad, inmediatez e imparcialidad.

Lo anterior, sin embargo, debe ser matizado, pues tampoco será aceptable, en general, que se estime cumplido el deber de investigar por el mero hecho de no poder identificar a los responsables de una violación de los derechos humanos, ya que como ha sostenido en varias ocasiones la Corte IDH:

“El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”⁷¹⁶.

De este modo, el deber de investigar se configura como una obligación estatal de comportamiento, insoslayable, y que se materializa en la exigencia de realizar una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, que no tiene porque agotarse con la mera identificación de los responsables de la violación particular analizada, o detenerse si tal cosa se presente como “imposible” o “inviable”.

3. c) La obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables.

Si la obligación anterior suponía la existencia de un sistema de justicia conforme a las exigencias internacionales, la presente enfrenta de manera directa esta cuestión. Resulta común enlazar el deber de traducir en justicia y sancionar a los responsables con una perspectiva más amplia recogida bajo el rótulo del derecho a la justicia⁷¹⁷; identificando una triple vertiente dentro de esta obligación: 1) El deber estatal de organizar el sistema de justicia de tal modo que garantice la existencia de tribunales independientes e imparciales. 2) La obligación del Estado de garantizar el derecho a la justicia del individuo. 3) El deber estatal de impartir justicia⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Vid. *Caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párr. 191.

⁷¹⁷ Sobre este particular, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Impunidad de...”, *op. cit.*, págs. 202-203; FIX-ZAMUDIO, H.: “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, págs. 20-22.

⁷¹⁸ En este sentido, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos – Ecuador”, 18 de diciembre de 1997, en <http://www.derechos.org/nizkor/ecuador/doc/I>, párrs. 46-49.

A este respecto, conviene recordar que en el importante documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, “La Declaración y Programa de Acción de Viena”, se indica que:

“Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible. En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera. Incumbe a las Naciones Unidas establecer con carácter prioritario programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente”⁷¹⁹.

Todas estas facetas se encuentran contenidas en la formulación general que ampliamente ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte IDH, esto es, que los Estados Partes en la CIDH tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones; y que toda persona que se considere víctima, o sus familiares, tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, este deber del Estado⁷²⁰.

En realidad, esta argumentación ha de valorarse como sustentada en una consideración previa que puede encontrarse en sentencias como la del *caso Castillo Petrucci y otros*:

“Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”⁷²¹.

De este modo, la existencia de un tribunal independiente e imparcial se configura como un presupuesto sobre el que se construyen el resto de obligaciones; pudiendo identificarse, ya desde esta base, una primera tendencia hacia la exclusión de las jurisdicciones militares tanto en lo relativo al juicio de uniformados por violación a los derechos humanos, como, protagonicamente, respecto al enjuiciamiento de civiles por estos tribunales⁷²². En este orden de ideas, se ha sostenido que la independencia del Poder Judicial es una de las condiciones esenciales para garantizar las libertades civiles y

⁷¹⁹ Vid. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: “Declaración y Programa de Acción de Viena”, *doc. cit.*, párr. 27.

⁷²⁰ Véase, por ejemplo, *caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 99, párr. 184.

⁷²¹ Vid. *Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 52, párr. 129.

⁷²² Sobre esta cuestión, ANDREU-GUZMÁN, F.: *Fuero militar y derecho internacional. Los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas – Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2003. En sentido contrario, a través del sistema previsto en Suiza, ARNOLD, R.: “Military Criminal Procedures and Judicial Guarantees. The Example of Switzerland”, en *JICJ*, vol. 3, num. 3, 2005.

políticas y evitar la impunidad, por ello la jurisdicción militar deberá ser competente exclusivamente en las cuestiones referentes a la disciplina militar y en ningún caso intervenir en el juzgamiento de violaciones a los derechos humanos⁷²³; consideración que, ampliada, se encuentra también en la jurisprudencia de la Corte IDH bajo el siguiente argumento:

“El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”⁷²⁴.

De aquí que no pueda sorprender que, por citar otro ejemplo, en relación con las jurisdicciones especiales en el caso colombiano, el Com.DH exhortara a que se tomaran todas las medidas necesarias para conseguir que los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la policía acusados de violaciones a los derechos humanos sean juzgados por tribunales civiles independientes, y sean suspendidos del servicio activo durante el período que dure la investigación. Recomendando de forma explícita, que la jurisdicción de los tribunales militares con respecto a las violaciones a los derechos humanos se transfiera a los tribunales civiles, y que las investigaciones de tales casos las lleve a cabo la Procuraduría General y el Fiscal General⁷²⁵.

Cumplida esta exigencia, pueden traerse aquí lo explicado respecto de la figura del recurso efectivo, que junto a lo expuesto en relación con las garantías del debido proceso, configurarán los perfiles del proceso judicial que ha de realizar el Estado en casos de violación a los derechos humanos.

Ahora bien, a este respecto, cabe hacer dos reflexiones fundamentadas en la misma jurisprudencia de la Corte IDH:

De un lado, en relación con el acceso a la justicia de las víctimas la Corte IDH ha explicitado que:

⁷²³ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: “Administración de Justicia”, Exposición presentada por escrito por la Asociación Americana de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial ante la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/2002/NGO/16, 19 de julio de 2002, párrs. 1 y 7. En sentido similar, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principio 29; SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, párr. 38.

⁷²⁴ *Vid. Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 52, párr. 128.

⁷²⁵ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas: Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto: Colombia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.76, 1 de abril de 1997, párr. 34.

“... para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”⁷²⁶.

Del otro lado, respecto a la obligación propia del Estado de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos con independencia de la actuación particular, resulta oportuno recordar la caracterización que, en sentido contrario, se ha conformado en la jurisprudencia de este órgano:

“La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”⁷²⁷.

Concluido pues el deber de investigar y una vez identificados los responsables de la violación a los derechos humanos, el Estado se encuentra con la obligación de juzgarlos y, en su caso, condenarlos a una pena adecuada a la gravedad de los hechos.

Al igual que en el caso anterior, este deber inicial ha de valorarse, en principio, como una obligación de comportamiento, siendo sólo exigible que el proceso judicial cumpla con las debidas garantías, y que la condena sea proporcional a la gravedad de los hechos⁷²⁸, para que el Estado no vea comprometida su responsabilidad internacional.

Finalmente, para cerrar este apartado resulta oportuno recordar que como sostiene el Relator Joinet, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia, en tanto que el perdón, acto privado,

⁷²⁶ Vid. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 9, párr. 24. Anótese que la exigencia de facilitar un recurso efectivo así considerada no tiene sólo una faceta interna, tal y como se extrae del trabajo de Theo Van Boden. Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada...”, *doc. cit.*, párr. 4.

⁷²⁷ Vid. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, en Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 99, párr. 143.

⁷²⁸ A este respecto, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Question of the violation of human rights and fundamental freedoms in any part of the world, with particular reference to colonial and other dependent countries and territories, extrajudicial, summary or arbitrary executions, report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1992/72”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1993/46, 23 de diciembre de 1992, párr. 686.

supone que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella, y que el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento⁷²⁹.

Estas reflexiones ponen sobre la mesa algunas de las consideraciones que ocuparán la segunda Parte de este trabajo, pero ya en este momento es relevante dejar constancia de la importancia de esta obligación tanto en líneas generales como, muy sensiblemente, en los procesos de transición que se analizarán.

3. d) La obligación de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares.

Aunque en los contextos que se analizan en este trabajo se ha indicado que las políticas de reparación responden a dos finalidades fundamentales, como son 1) el reconocimiento de la dignidad y el estatus de las víctimas como personas y grupos merecedores del pleno respeto y goce de sus derechos, y 2) el establecimiento –en algunos casos por primera vez– de relaciones de confianza cívica y solidaridad con las víctimas⁷³⁰, resulta preciso comenzar el análisis de esta obligación profundizando en los contornos jurídicos del deber de reparación; pudiendo escogerse a tal fin, el Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas. En este documento se explicita que el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos, y es expresión de respeto hacia el ser humano; resultando que aunque conceder una reparación presupone el cumplimiento de la obligación de investigar las denuncias de violaciones de derechos humanos para identificar y procesar a los autores, el pago de una compensación monetaria o de otro tipo a las víctimas o sus familiares antes o al finalizar esas investigaciones no exime a los gobiernos de la obligación de llevarlas a término⁷³¹.

Así considerado, debe entonces subrayarse que toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima y, de ser oportuno sus familiares⁷³², que implica por parte del Estado un deber propio y la

⁷²⁹ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, párr. 26.

⁷³⁰ En este sentido, véase la ponencia de MAGARELL, L., en el Seminario Internacional “Para una superación definitiva del fenómeno paramilitar en Colombia”, celebrado Bogotá en abril de 2004.

⁷³¹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones...”, *doc. cit.*, párr. 711.

⁷³² En el ámbito geográfico de este estudio, la Corte IDH ha realizado una distinción esencial considerando que los familiares de las víctimas deben ser reparados respecto de aquellas violaciones de las que son víctimas directas, y en su caso, respecto de aquellas violaciones en las que éstos se constituyen como causahabientes de la propia víctima. Sobre este particular, NASH ROJAS, C.: *Las Reparaciones...*, *op. cit.*, págs. 47-49.

facultad, en su caso, de dirigirse contra el autor⁷³³; deber cuya concreción puede indagarse en el que, a mi entender, puede valorarse como primer documento de referencia en este campo: Los principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación elaborados por Theo van Boven. En este estudio se especifica la obligación del Estado de además de atender a las reclamaciones, ya individuales ya, cuando sea apropiado, colectivas, establecer las medidas necesarias que permitan el otorgamiento de una reparación rápida, plenamente eficaz, y proporcional al daño causado tendente a eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitar que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión⁷³⁴. Al mismo tiempo, sobre la base del régimen general previsto en la responsabilidad internacional del Estado, se enuncian las formas idóneas en las que esta reparación ha de materializarse en los casos que aquí ocupan; lista de tal importancia que justifica su extensa cita:

“La reparación podrá consistir en una o varias de las formas que se mencionan a continuación, cuya lista no es exhaustiva:

*12. La **restitución** estará dirigida a restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del derecho humanitario. Exige, entre otras cosas, restablecer la libertad, la vida familiar, la ciudadanía, el trabajo, la propiedad, y permitir el retorno al país de residencia anterior.*

*13. Se acordará **compensación** por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación de derechos humanos o del derecho humanitario, y que fuere evaluable económicamente. Tales como: a) daño físico o mental, incluyendo el dolor, sufrimiento y angustias emocionales; b) pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación; c) daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) daño a la reputación o a la dignidad; e) los gastos efectuados para poder tener asistencia jurídica o de expertos.*

*14. Se proveerá **rehabilitación**, la que incluirá atención médica y psicológica, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales.*

*15. Se proveerá **satisfacción y garantías de no repetición**, las que incluirán cuando fuere necesario: a) cesación de las violaciones existentes; b) verificación de los hechos y difusión pública amplia, de la verdad de lo sucedido; c) una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella; d) una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades; e) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; f) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario; h) prevención de nuevas violaciones, por medios tales como: i) asegurando un control efectivo por parte de la autoridad civil, sobre las fuerzas armadas y de seguridad; ii) limitando la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar; iii) fortaleciendo la independencia del sistema judicial; iv) protegiendo a la profesión jurídica, a sus miembros y a los defensores de derechos humanos;*

⁷³³ En este sentido, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principio 31; SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, principio 33.

⁷³⁴ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada...”, *doc. cit.*, párrs. 6 y 7.

*v) mejorando prioritariamente la capacitación en derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y, en particular, la de las fuerzas armadas y de seguridad y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*⁷³⁵.

A este exhaustivo catálogo podrían añadirse otras menciones generales como las medidas destinadas a disolver los grupos armados paramilitares, a derogar las disposiciones de excepción, legislativas, u otras, que favorezcan las violaciones de los derechos humanos, o la aprobación de medidas administrativas o de otro tipo encaminadas a destituir a los agentes del Estado implicados en los procesos de violaciones graves de los derechos humanos; así como ciertas exigencias específicas sobre la base, significativamente, del derecho violado⁷³⁶, como en el caso de desapariciones forzadas de personas, el derecho ser informada sobre la suerte corrida por las mismas, o en caso de muerte, el deber de restituir el cuerpo después de su identificación⁷³⁷.

Por su parte, la reciente versión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobada por la CDH en abril de 2005, reiterando que estos principios y directrices no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes, mantiene el esquema expuesto incluyendo tan sólo mínimas variaciones, en clave de desarrollo⁷³⁸.

Resulta de utilidad, de otro lado, analizar el deber de reparar además de en la obligación estatal contenida en el deber de garantía, en la competencia, por referirme a la mecánica del sistema interamericano⁷³⁹, otorgada a la Corte IDH en el artículo 63.1 de la CIDH:

⁷³⁵ *Ibid.*, párrs. 12-15.

⁷³⁶ Ya la Corte IDH ha subrayado esta circunstancia al sostener: “En primer lugar, resulta útil precisar el vocabulario empleado. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitución in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.” *Vid. Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 39, párr. 41.

⁷³⁷ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, principios 37-42. A este mismo respecto, conviene referirse al completo catálogo de derechos contenidos en el artículo 24 del Proyecto final de la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.

⁷³⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios y directrices básicos sobre...”, *doc. cit.*, párr. 8 del Preámbulo, párrs. 15-23. Véanse, así mismo, principios 31-34.

⁷³⁹ Uno de los estudios más minuciosos sobre esta cuestión, si bien, a mi entender, con algunas deficiencias en el desarrollo de su parte general, puede encontrarse en NASH ROJAS, C.: *Las Reparaciones...*, *op. cit.* Sobre la efectividad y ejecución de estas decisiones, véanse también RODRÍGUEZ RESCIA, V. M.: “Eficacia jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA, R. (ed.): *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos

*“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*⁷⁴⁰.

Sobre la base de lo previsto en esta disposición, la Corte ha aclarado y reiterado qué es lo que en concreto debe repararse. En el caso *Aloeboetoe y otros* manifestó que lo que debe exigirse es la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada⁷⁴¹.

Todo lo expuesto, por tanto, debe referirse a reparar las consecuencias inmediatas y jurídicamente tuteladas del acto ilícito; teniendo que destacarse, en este sentido, que si bien en la jurisprudencia de la Corte la indemnización se ha conformado como un modo de reparación recurrente, es posible encontrar otras formas de reparación no material de relevancia para este trabajo, como la exigencia de adecuación de normativa interna a la CIDH, o de reforma, abolición o derogación de normas incompatibles con la CIDH⁷⁴²; la necesidad de anulación de procesos judiciales⁷⁴³;

Humanos, San José, 1994; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia”, en NIETO NAVIA, R. (ed.): *La Corte y el Sistema Interamericanos...*, op. cit.

⁷⁴⁰ Nótese la diferencia existente entre esta disposición y su artículo análogo en el CEDH (artículo 50); distinción que debe entenderse como una apuesta hacia la reparación internacional directa con independencia de la eficacia reparado del derecho estatal. A este respecto, consúltese lo explicitado por la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras, Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 21 de julio de 1989, en en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 7, párr. 30. Apuntar, finalmente, que también existe cierta divergencia respecto a los términos empleados para referirse a la indemnización, pero sin influencia en la práctica de ambos tribunales.

⁷⁴¹ Vid. *Caso Aloeboetoe y otros v. República del Surinam, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 10 de septiembre de 1993, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 15, párr. 49.

⁷⁴² Sobre este particular, resulta especialmente subrayable el caso *Trujillo Oroza*, en el que la Corte ordenó a Bolivia la rápida y completa tipificación del crimen de desaparición forzosa en su legislación interna (cfr. *caso Trujillo Oroza v. Bolivia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 92, párrs. 94-98), modificando su criterio anterior expuesto en el caso *Garrido y Baigorria v. Argentina, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 39, párr. 66. Véanse también *caso Barrios Altos v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 30 de noviembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 87, párr. 44; *caso Caballero Delgado y Santana v. Colombia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 29 de enero de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 31, párr. 56; *caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 52, párrafo resolutorio 14; *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 94, párr. 212; *caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* N° 73, párrafo resolutorio 4; *caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 133; párrafos resolutorios 5 y 7.

⁷⁴³ Cfr., *caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 52, párrafo resolutorio 12; *caso Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 33, muy especialmente las medidas ordenadas de excarcelación de reos en los párrs. 84 y resolutorio 5; *caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 133, párrafo resolutorio 8.

medidas de devolución de restos mortales⁷⁴⁴; medidas educativas o de capacitación⁷⁴⁵, entre otras⁷⁴⁶.

En todo caso, las distintas alternativas, o incluso, la fijación concreta de la indemnización, abren la puerta a un campo sumamente complejo como es determinar cuándo una reparación puede reputarse como “justa y adecuada”. Aunque la pauta general indica que esta valoración debe basarse en el examen de las condiciones concretas de cada caso⁷⁴⁷, el problema se complica notablemente si la reparación ha de referirse a un gran número de violaciones, tal y como ocurre en los casos objeto de este estudio; situación en el que el mismo término de reparación adquiere, como se apuntó, significados diversos⁷⁴⁸.

No obstante, si se enfoca la cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica, y recordando lo referido en los textos citados *supra*, puede considerarse como elemento clave las pautas generales establecidas ya por la CPJI en el *asunto de la Fábrica de Chorzów*; es decir, que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias de un hecho ilícito, así como restablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido si el acto ilícito no se hubiera cometido, bien a través de la restitución, o si no es posible, del pago de una indemnización adecuada⁷⁴⁹. Atendiendo a esta finalidad esencial y esquema básico, y sin desatender las peculiaridades del DIDH⁷⁵⁰, y el papel que la figura de la víctima juega en virtud de las

⁷⁴⁴ Cfr. *caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 91, párrs. 79-83.

⁷⁴⁵ Véase *caso Caracazo v. Venezuela*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de agosto de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 95, párr. 127; *caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 77, párr. 103.

⁷⁴⁶ Un ejemplo interesante de medida de reparación específica puede encontrarse en el *caso Aloeboetoe*, en el que la Corte: “Ordena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gijaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar.” Vid. *Caso Aloeboetoe y otros v. República del Surinam*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de septiembre de 1993, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 15, párrafo resolutivo 5. Junto a todo lo anterior, existen múltiples declaraciones respecto a medidas de satisfacción como las dispuestas, por escoger un ejemplo, en el *caso El Amparo v. Venezuela*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 14 de septiembre de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 28, párrs. 61 y 62.

⁷⁴⁷ Sobre este aspecto, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: : “Principios y directrices básicos sobre...”, *doc. cit.*, párr. 18.

⁷⁴⁸ Sobre este particular, CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: “Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH): Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparación en el Perú”, septiembre, 2002, en especial págs. 4-6.

⁷⁴⁹ Cfr. *Fábrica de Chorzów*, fondo, P.C.I.J., *Series A*, N.º 17, pág. 47.

⁷⁵⁰ En el ámbito americano, véase *caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 21 de julio de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 7, párrs. 24 y ss.; así como *caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 91, párrs. 37 y ss.; *caso Barrios Altos v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 30 de noviembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 87, párrs. 19 y ss.; *caso Cantoral Benavides v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de

mismas⁷⁵¹, habrá de valorarse entonces la adecuación de la reparación debida por el Estado a los estándares establecidos en el derecho internacional⁷⁵²; deberá, en definitiva, evaluarse particularmente si la reparación otorgada es “justa y adecuada”.

Es obvio que cuando se está ante violaciones masivas, y programas de reparación de igual índole, este examen se transforma en un análisis sumamente complejo, pues la misma noción de las violaciones a los derechos humanos, y de las reparaciones debidas por ellas, está construido bajo la presunción de que éstas suponen comportamientos más o menos excepcionales, no la pauta general. Mas, si bien me referiré brevemente a este particular más adelante⁷⁵³, el escrutinio sobre el enfoque o las herramientas necesarias para enfrentarlo requerirían de un trabajo distinto al presente⁷⁵⁴; con lo que, valorando el deber de reparar las violaciones a los derechos humanos individualmente consideradas, no puede más que convenirse que tanto las formas como, muy especialmente, la finalidad de la reparación que el Estado debe adoptar dentro del genérico deber de garantía han de responder, a la postre, a las exigencias expuestas. Así, será el grado de cumplimiento de esta finalidad la que permitirá analizar el propio cumplimiento de la obligación de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y, en su caso, a sus familiares.

Teniendo esto presente, debe concluirse reiterando que pese a que es posible identificar algunas medidas de reparación generales y previas a la investigación, juicio y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos, éstas nunca podrán ser valoradas como un sustituto de aquellas obligaciones, siendo en consecuencia, tanto

diciembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 88, párrs. 39 y ss.; *caso Castillo Páez v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 43, párrs. 46 y ss.; *caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 76, párrs. 72 y ss.; *caso Durand Ugarte v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 89, párrs. 28 y ss.; *caso Trujillo Oroza v. Bolivia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 92, párrs. 58 y ss. Sobre reparaciones, por daño inmaterial, a colectivos véase *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 79, párr. 167; respecto al interesante concepto del “proyecto de vida”, consúltese *caso Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 42, párrs. 107 y ss, en especial párrs. 144-154.

⁷⁵¹ En este sentido, conviene tener presente la opinión de los jueces Cançado Trindade y Abreu, plasmada en la misma jurisprudencia de la CIDH. Cfr. Voto Conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el *caso Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 42, párrs. 12, 15-17; consúltese igualmente el contenido de esta sentencia.

⁷⁵² Cfr., por ejemplo, *caso Blake v. Guatemala, Reparaciones*, sentencia de 22 de enero de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No.36, párr. 32.

⁷⁵³ Véase apartado 3) del capítulo IX.

⁷⁵⁴ Aunque en el capítulo VIII se expondrán algunos ejemplos de las mismas, para una aproximación teórica a esta problemática, véase CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: “Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional...”, *op. cit.*; “Reparations Efforts in International perspective; What Compensation Contributes to the achievement of Imperfect Justice”, informe elaborado por Pablo de Greiff, *Director of Research of the International Center for Transitional Justice*.

el cauce natural a esperar como el jurídicamente exigible, que la reparación se constituya como la última etapa del proceso de sanción, en sentido amplio, de una violación a los derechos humanos.

3. e) El conocido como “derecho a la verdad”.

En los últimos años ha ido tomando cada vez más fuerza la invocación de un derecho específico en este ámbito conocido como derecho a saber o derecho a la verdad, situándose su vigencia, en líneas generales, en las consideraciones que se realizaron tanto en torno al deber de garantía, especialmente, como en cierto modo al deber de respeto de los derechos humanos. Adicionalmente, este pretendido derecho, o mejor dicho los valores que el mismo representa, se han erigido dentro de un esquema más amplio de justicia reparatoria, restaurativa, o restitutiva en protagonistas de las transiciones que se analizan en este trabajo, llegándose a valorar el conocimiento de “la verdad” de lo ocurrido en el pasado como un requisito insoslayable para cualquier medida que se tome en estos procesos⁷⁵⁵. En este orden de ideas, algunos observadores internacionales van mucho más lejos, sosteniendo, en una desenfocada competencia entre verdad y justicia penal, que el conocimiento de la verdad ha de superponerse a cualquier acción judicial contra los responsables de los crímenes que se documenten; de tal suerte que cuando se establezca una Comisión de la Verdad, se debe dar por finalizada toda iniciativa de enjuiciamiento criminal⁷⁵⁶.

Estas circunstancias, por tanto, aconsejan realizar algunas reflexiones sobre este “derecho a la verdad” desde la perspectiva aquí escogida.

Tal y como se ha explicado, en virtud de la obligación de investigar incluida en el deber de garantía de los derechos humanos resulta evidente que las víctimas o sus familiares tienen el derecho -y el Estado el deber- de ver esclarecidos los hechos en casos de violación de los derechos humanos; determinación que quedará definitivamente fijada mediante el proceso judicial que, en su caso, el Estado está igualmente obligado a realizar. Al mismo tiempo, se ha apuntado que determinadas violaciones de estos derechos conllevan unas exigencias concretas que han de ser satisfechas; requiriéndose, en tal sentido, una investigación especialmente dirigida a aspectos específicos. Siendo interesante señalar que lo anterior no se restringe sólo al ámbito del DIDH, y así por ejemplo, del artículo 32 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra dispone que:

“En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el

⁷⁵⁵ Cfr., por ejemplo, IMBLEAU, M.: “Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial”, en *CLF*, vol. 15, núms. 1-2, 2004; ZALAQUETT, J.: “Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur”, en *Revista IIDH*, núm. 14, 1991, págs. 98-101.

⁷⁵⁶ Cfr., en relación con la situación de Bosnia, FORSYTH, D.: “The UN and Human Rights at Fifty: An Incremental but Incomplete Revolution”, en *Global Governance*, núm. 1, 1995.

presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.”

Ahora bien, si las consideraciones realizadas se circunscriben a un deber del Estado referido a las violaciones individualizadas de los derechos humanos, la alegación respecto a la existencia de un derecho a la verdad presenta un cariz diferente. En este sentido, por ejemplo, el Informe del Relator Joinet sostiene que este derecho no se refiere solamente al derecho individual que toda víctima, o sus parientes o amigos, tiene a saber qué ocurrió, el derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan; siendo la contrapartida del Estado el "deber de la memoria", a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo⁷⁵⁷.

Los supuestos de hecho, por tanto, deberían buscarse en lo anteriormente definido como violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos, presentando desde esta base dos características propias esenciales. En primer lugar, el sujeto titular de este derecho no habría de situarse en las víctimas valoradas como tal, sino en la sociedad del Estado en las que se cometieron. Junto a ello, el objeto del mismo ha de reputarse como distinto al del deber de garantía –entendido como un todo o valorando cada uno de los derechos incluidos en él–; y así que se hayan identificado dos dimensiones de la verdad de las violaciones a los derechos humanos perpetradas en el pasado: una, la verdad global, tendente a determinar por quién y cómo fueron planeadas y ejecutadas las prácticas represivas en cuestión, así como cuáles fueron sus efectos y víctimas; la otra, la verdad acerca de cada caso, para la cual el camino preferente es el de un proceso judicial⁷⁵⁸. Al mismo tiempo, Hayner ha advertido sobre la diferencia entre el alcance y la naturaleza de cada una de estas dimensiones con relación a las mismas víctimas. Si en un proceso judicial, argumenta esta autora, solamente un número reducido de víctimas son llamadas a testificar cuando resulta necesario apoyar las denuncias específica, siendo sus testimonios la mayoría de las veces abiertamente puestos en duda por la defensa, los procesos de búsqueda de la verdad global son diseñados para centrarse principalmente en las propias víctimas, dándoles una voz pública y llevando su sufrimiento al más amplio conocimiento general⁷⁵⁹.

En la última versión del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, la experta

⁷⁵⁷ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, párr. 17.

⁷⁵⁸ En este sentido, ZALAQUETT, J.: “Derechos Humanos...”, *op. cit.*, págs. 98-101, en especial pág. 99.

⁷⁵⁹ Cfr. HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York, 2001, pág. 28. No obstante, la autora igualmente advierte sobre algunos casos en que ambos extremos se han mezclado, conformándose procesos judiciales que más bien parecían responder a los procedimientos necesarios para el establecimiento de una verdad global, como ocurriera en las investigaciones dirigidas por la Oficina del Fiscal de Etiopía en relación con los crímenes cometidos bajo el régimen de Mengistu Haile Mariam. Cfr. *Ibid.*, pág. 20. Sobre ésta última cuestión resulta oportuno consultar KIDANE, W. L.: “The Ethiopian “Red Terror” Trials”, en BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict...*, *op. cit.*

Orentlicher también ha recogido algunas menciones sobre este particular, estableciendo en los principios dos a cuatro, lo siguiente:

“PRINCIPIO 2. EL DERECHO INALIENABLE A LA VERDAD.

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

PRINCIPIO 3. EL DEBER DE RECORDAR.

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER.

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”⁷⁶⁰.

La Com.IDH ha abordado en varias ocasiones este derecho, sosteniendo, en síntesis, que al margen de las posibles responsabilidades de orden penal, toda sociedad tiene el irrenunciable derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que los crímenes en cuestión llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. Lo que, por supuesto, en nada ha de impedir el derecho de las familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos⁷⁶¹.

Respecto al asidero jurídico de este derecho, la Comisión ha llegado a afirmar su relación con la libertad de expresión⁷⁶²; aunque en formulaciones mas amplias ha considerado que el derecho a la verdad surge fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1.1, 8.1, 25 y 13 de la CIDH⁷⁶³. Junto a ello, en las argumentaciones de la Com.IDH este derecho también aparece unido a las reparaciones exigibles en casos como los mencionados anteriormente; y así ha argumentado que:

“Forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición el derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como

⁷⁶⁰ *Vid.* COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principios 2-4.

⁷⁶¹ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual 1985-1986”, OEA/Ser.L/V/II.68 Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986, pág. 205.

⁷⁶² Cfr. *Ibid.*

⁷⁶³ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 136/99, Ignacio Ellacuría, S. J.; Segundo Montes, S. J.; Armando López, S. J.; Ignacio Martín Baró, S. J.; Joaquín López y López, S. J.; Juan Ramón Moreno, S. J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, caso 10.488”, 22 de diciembre de 1999, párr. 221.

*un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*⁷⁶⁴.

De otro lado, el reconocimiento de un derecho a la verdad ha sido igualmente sustentado por parte de la doctrina ya desde el contenido del artículo 19 de la DUDH⁷⁶⁵, si bien algunos otros especialistas han estimado más adecuado calificarlo como una suerte de principio emergente⁷⁶⁶, valorándose, en todo caso y esencialmente, las llamadas Comisiones de la Verdad como el instrumento idóneo para materializarlo⁷⁶⁷; práctica, adviértase, notablemente extendida en los países objeto de este estudio⁷⁶⁸.

En este orden de ideas, conviene ampliar lo ya reseñado apuntando que para algunos autores cualquier medida tendente a enfrentar las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el pasado debe adoptarse previo establecimiento y difusión pública de la verdad, pudiéndose transformar en caso contrario, las medidas de severidad en arbitrariedad o venganza, y las de clemencia simplemente en impunidad a los ojos de la sociedad. De este modo, se termina por sostener el carácter imperativo de la materialización de este derecho, tanto sobre la base del valor preventivo de futuras violaciones a los derechos humanos que tiene el conocimiento de las pasadas, como, muy significativamente, sobre el convencimiento

⁷⁶⁴ *Vid. Ibid.*, párr. 228.

⁷⁶⁵ Véanse por ejemplo, CHIPOCO, C.: “El derecho a la verdad”, en *Paz*, núm. 28, 1994; LA RUE, F.: “The Right to Truth in Central America”, en SIEDER, R. (ed.): *Impunity in Latin America*, Institute of Latin American Studies, Londres, 1995.

⁷⁶⁶ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización por los abusos del pasado”, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 7/8, 1998, apartado 4. El artículo es una versión revisada y ampliada de su célebre trabajo publicado en *HRQ*, vol. 19, núm. 2, 1997. En todo caso, ha de hacerse notar que aún en el momento de publicación de este trabajo, este autor parece incluir como principios emergentes muchas de las obligaciones referidas en los capítulos anteriores respecto a los crímenes contra la humanidad o la tortura. La misma tendencia es identificable en otro de sus trabajos sobre esta cuestión, en el que, no obstante, parece abogar finalmente por el carácter obligatorio de lo que él mismo define como “principio emergente”. Cfr. MÉNDEZ, J.: “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, M y OTROS (eds.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997.

⁷⁶⁷ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principios 6-13; SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, principios 1-17. Debe llamarse la atención sobre la diferencia entre este tipo de Comisiones y otras iniciativas tendentes a fijar la “verdad” sobre abusos pasados a los derechos humanos. Sobre esta cuestión resulta oportuno remitirse al destacable trabajo de Hayner, para evitar toda confusión entre éstas y las investigaciones realizadas por las denominadas como “comisiones de la verdad histórica” (por ejemplo la realizada hacia 1997 por la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades de Australia), las realizadas, por ejemplo, por el Comisionado Nacional de Honduras en relación con ciento setenta y nueve desapariciones causadas en los años ochenta por las fuerzas armadas, las Comisiones Parlamentarias o las Comisiones cimentadas en proyectos de organizaciones no gubernamentales (entre ellas cabe destacar la llevada a cabo por el Arzobispado de Sao Paulo y el Consejo Mundial de Iglesias, en Brasil, por el Servicio de Par y Justicia en Uruguay, o por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala). Véase HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths...*, *op. cit.*, págs. 17-22.

⁷⁶⁸ Véase capítulo VIII.

de su necesidad para lograr la reconciliación y unidad nacional tras períodos como los que aquí ocupan⁷⁶⁹.

Yendo quizás un poco más lejos, otros expertos han abogado incluso por la realización de este derecho a través de alguno de los mecanismos al uso para prevenir la celebración de largos juicios contra cientos o miles de acusados⁷⁷⁰; mientras que especialistas como Popkin y Roht-Arriaza han argumentado que en situaciones como las que aquí interesan, la mayoría de la policía y de los miembros del Poder Judicial han sido, cuanto menos, cómplices silenciosos de los crímenes cometidos, con lo que no cabe esperar en el corto plazo la obtención de la verdad sobre lo ocurrido sino a través de mecanismos alternativos de investigación⁷⁷¹.

Ahora bien, el objeto de este trabajo obliga a reconocer que no es éste el lugar para desplegar un análisis en detalle sobre la utilidad, necesidad o pertinencia de estas medidas, con lo que enfrentado esta cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica, no resulta sencillo suscribir lo expuesto por la Com.IDH, ni por alguno de los autores referidos. Al margen de lo que pueda establecerse como una medida reparatoria o restitutoria para las víctimas, la alegación sobre la titularidad de este pretendido derecho, así como la afirmación del derecho a la verdad o el derecho a saber como dimanante de una obligación internacional exigible autónomamente al Estado, sin olvidar la posibilidad de evitar o reducir el número de procesos por violaciones a los derechos humanos a través de los mecanismos propios de este ámbito, plantean varios problemas:

Desarrollando una línea argumental, podría afirmarse que en casos de violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos cada una de las víctimas individuales sería acreedora de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las mismas; de tal suerte que si se sumasen todas estas obligaciones, todas estas investigaciones y juicios, podría conformarse una suerte de deber de garantía colectivo tendente a establecer la “verdad” de los hechos cometidos en todos estos casos. De cualquier modo, esta posibilidad sería en todo caso sólo referible a las víctimas y sus familiares, siendo ellas las que podrían exigir su cumplimiento, y en consecuencia, quedando comprometida la responsabilidad internacional del Estado por la inactividad en este sentido. Sostener, por el contrario, la existencia de un derecho a la verdad cuyo titular es la sociedad en su conjunto, obligaría a tener que valorar cuál debería ser el modo en que el Estado materializase este derecho, en tanto que, resulta obvio, no podría ser a través de procesos judiciales/criminales; de igual modo, habría que plantearse cuál debería ser el grado de violaciones a los derechos humanos necesario para que se activase.

Respecto a la segunda cuestión, ya se han apuntado las más que notables dificultades existentes para elaborar un concepto claro e indubitado en este sentido, y

⁷⁶⁹ Cfr. ZALAQUETT, J.: “Derechos Humanos...”, *op. cit.*, págs. 97-101.

⁷⁷⁰ Cfr. CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, pág. 10.

⁷⁷¹ Cfr. POPKIN, M. y ROHT-ARRIAZA, N.: “Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America”, en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, núm. 1, 1995, pág. 82.

en relación con la primera, conviene tener presente que el establecimiento de las conocidas como Comisiones de la Verdad ha estado siempre sujeto a la voluntad política del Estado, y que su funcionamiento, mandato, composición e incluso finalidad declarada han sido notablemente diferentes en cada caso⁷⁷²; debiendo subrayarse, igualmente, que de la ausencia de un carácter jurisdiccional, así como de las garantías inherentes al mismo, de estas instituciones pueden derivarse importantes recelos respecto a su accionar –al tiempo que, es obvio, impide su consideración como sustituto de los procesos judiciales–, máxime si éste se evalúa como fiscalizable por los propios órganos de supervisión de derechos humanos⁷⁷³.

Junto a ello, habría de enfrentar un problema referido a la posibilidad de exigir el cumplimiento de esta obligación, en tanto que si se admite que el titular de este derecho es toda la sociedad, quizá debiera articularse una suerte de *actio popularis* para reclamar su materialización.

Respecto al asidero jurídico sobre el que fundamentar este derecho, fue la misma Corte IDH la que revisó las opiniones de la Comisión, advirtiendo, a mi entender acertadamente, que el derecho a la verdad se encuentra incluido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que disponen los artículos 8 y 25 de la CIDH⁷⁷⁴.

⁷⁷² Sin perjuicio de lo que se explicitará más adelante, sobre esta cuestión consúltese HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths...*, *op. cit.*, págs. 24-85.

⁷⁷³ Valga apuntar, como ejemplo elocuente, la referencia a las argumentaciones que realiza Méndez respecto a la pertinencia de que las Comisiones de la Verdad contengan o no el nombre de los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos. En una línea de análisis más amplia, señala este autor en lo que aquí interesa que “la legitimidad de la decisión sea la mención u ocultamiento de nombres depende de que posteriormente a la publicación del reporte de la Comisión, haya oportunidad de procesar y juzgar (y, por lo tanto, de explorar más exhaustivamente la verdad). Si la posibilidad está abierta tal vez es buena idea permitir que las cortes se encarguen de la responsabilidad criminal individual, después de que haya tenido lugar un juicio justo. Si, por otro lado, el reporte va a ser, probablemente, la última oportunidad para que estos asuntos salgan a la luz, un compromiso honesto con la verdad sugeriría la necesidad de una información confiable y no ocultar el comportamiento de ciertos individuos sólo porque éstos puedan esconderse detrás de la impunidad concedida por amnistías o perdones. Incluso en ese caso, sin embargo, algunas medidas para preservar el debido proceso resultan necesarias, y la Comisión de Verdad debería darles “como mínimo” una oportunidad para rebatir la información incriminatoria (...)” *Vid.* MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, apartado 4. Menciónese también que en un reciente informe presentando ante la CDH, aunque se reconoce la valía de las Comisiones de la Verdad en este ámbito, se subraya que “Judicial criminal proceedings, with a broad legal standing in the judicial process for any wronged party and to any person or non-governmental organization having a legitimate interest therein, are essential to ensuring the right to the truth.” *Vid.* COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Study on the right to the truth. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006, párr. 61.

⁷⁷⁴ Cfr. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, párr. 48. Ampliando lo expuesto, es interesante la lectura del Voto Razonado Concurrente del juez Cançado en el *caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 70, párrs. 30-32. Sobre la posibilidad de relacionar el derecho a la verdad con el contenido del artículo 13 del CIDH, véase el Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el *caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, párr. 8.

Éste es aparentemente el mismo criterio adoptado por uno de los más recientes estudios sobre la materia, el informe “Study on the right to the truth” de febrero de 2006⁷⁷⁵; en el que sin embargo, se valora igualmente al derecho a la verdad como un derecho autónomo, con un sustento jurídico propio. De igual suerte, expresamente se reconoce que el DIDH vigente considera como titular del derecho a la verdad a la víctima de una violación, o sus familiares, representantes, etc., pero a renglón seguido se termina por apuntar también la existencia de una dimensión social de este derecho⁷⁷⁶.

El estado de cosas derivado de este documento demuestra un creciente desarrollo del derecho a la verdad que, probablemente, acabará por desbordar los límites sostenidos en este apartado. Con todo, aunque en este proceso han sido claves las propias experiencias que aquí se analizan, a mi entender aún es demasiado pronto para aseverar que tal desarrollo se ha consolidado en una norma de derecho internacional; resultando en consecuencia más prudente referirse a lo explicitado por la Corte IDH en el *caso Myrna Mack*. En esta sentencia, la Corte comenzó por afirmar que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad; concluyendo que los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido en relación con dichas violaciones⁷⁷⁷. Mas, a la hora de establecer el modo en que este derecho debe ser materializado se ordenó:

*“A la luz de lo anterior, para reparar totalmente este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales, y demás responsables de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, y del encubrimiento de la ejecución extrajudicial y de los otros hechos del presente caso, independientemente de la persona que ya se encuentra sancionada por estos hechos. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad”*⁷⁷⁸.

De este modo, en mi opinión, lo más que podría predicarse sería el derecho de todas y cada una de las víctimas y sus familiares a que se esclarezca y haga pública la verdad de lo ocurrido en sus casos, sobre la base, esencialmente, de la obligación de investigar y juzgar; lo que ante determinados grados de violaciones de los derechos humanos podría llevar a una acumulación de investigaciones que, en cierto modo, presentarían un relato o una relación de los hechos perpetrados en un período histórico determinado. Si bien, ha de reiterarse, no es éste el verdadero objetivo de este tipo de procesos judiciales, al tiempo que tampoco habrá de olvidarse que la experiencia demuestra que a través de estos procedimientos la verdad, en el mejor de los casos, tan sólo emerge, como señala Zalaquett, de un modo penosamente lento e inevitablemente fragmentario⁷⁷⁹. Pese a ello, a la vista del actual desarrollo del DIDH considero que otra

⁷⁷⁵ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Study on the...”, *doc. cit.*, párrs. 41-46.

⁷⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, párrs. 36-37, 42, 55-58.

⁷⁷⁷ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 101, párr. 274.

⁷⁷⁸ *Vid. Ibid.*, párr. 275.

⁷⁷⁹ Cfr. ZALAUQUETT, J.: “Derechos Humanos...”, *op. cit.*, pág. 99.

conclusión iría más allá de los márgenes del derecho internacional vinculante a día de hoy.

En definitiva, siendo indudable que el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar, sancionar y reparar todos los casos de violación a los derechos humanos, este deber estatal no se extiende en mi opinión hasta conformarse en una obligación estatal referida al esclarecimiento de los hechos, o de la verdad global, cuyo titular es toda la sociedad en su conjunto. Sin perjuicio de que estas medidas pueda ser especialmente recomendables, necesarias y pertinentes en los procesos de transición precedidos de graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, la decisión de establecer mecanismos tendentes a alcanzar tal fin ha de entenderse, pues, como discrecional para el Estado. Advirtiendo y subrayando, en todo caso, que de ningún modo podrán estimarse estas medidas como un sustituto de las obligaciones internacionales identificadas.

PARTE II

La sanción de los
responsables de crímenes de
derecho internacional y
violaciones a los derechos
humanos en los procesos de
transición

CAPÍTULO VII

PROCESOS DE TRANSICIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL

1) *Los procesos de transición.*

1. a) *Delimitación del marco de análisis: Consideraciones iniciales sobre la Justicia Transicional y los procesos de transición.*

Afrontar el examen de los procesos de transición, en términos generales, supone enfrentar el análisis de una materia ampliamente analizada y, sin embargo, enormemente problemática. No sin razón se ha dicho que ya todos los grandes clásicos de la cultura política europea – de Maquiavelo a Locke, de Hobbes a Montesquieu, de Rousseau a Marx- han situado a las teorías de la transición como piezas fundamentales de sus *corpus* doctrinales, en tanto que desde estas interpretaciones se ha entendido que las transiciones objetivan los procesos dialécticos más profundos de todas las sociedades⁷⁸⁰. Esta circunstancia no impide adelantar que pese a ello y en mi opinión, aún hoy la específicamente denominada como transicionología o transitología carece de una formulación teórica completamente satisfactoria⁷⁸¹.

Esta ausencia debe evaluarse teniendo presente que los procesos de transición son un fenómeno de una complejidad tal que en los mismos ha de prestarse atención a una muy amplia multiplicidad de actores y factores que, en un grado u otro, los determinan; dificultando de forma muy notable cualquier elaboración normativa sobre los mismos, como se irá viendo.

Con todo, como se mencionó al comienzo, generalmente se ha sostenido que los procesos de transición (exitosos) presentan varias modalidades que, en lo aquí tocante, pueden resumirse en: a) transiciones simples, de régimen no democrático a régimen democrático⁷⁸², o de una situación de conflicto armado a la paz, y b) transiciones dobles, cuando se dan ambos procesos simultáneamente; si bien, debe apuntarse que autores como Ní Aoláin y Campbell han advertido que todas estas modalidades constituirían lo que denominan “*the paradigmatic transition*”, siendo que, para ellos, en realidad toda transición incluiría no sólo un proceso de cambio político sino

⁷⁸⁰ En este sentido, MORODO, R.: *La Transición Política*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 28.

⁷⁸¹ Algunas reflexiones muy interesantes e ilustrativas sobre esta disciplina pueden encontrarse en SCHMITTER, P. C.: “La Transitología...”, *op. cit.*

⁷⁸² Sobre el concepto de régimen democrático, véanse apartados siguientes.

también un paso hacia una paz concebida como algo más que la ausencia de un conflicto armado. En conexión con ello, estos autores señalan la existencia de otros procesos de transición en el seno de lo que ellos nombran como “*conflicted democracies*” – ofreciendo como ejemplo el caso de Irlanda del Norte-, cuyo examen, denuncian, ha sido abiertamente desatendido⁷⁸³.

En verdad, han sido las transiciones simples que implican un cambio de régimen político las más estudiadas a lo largo de la historia, y no es casual que sean también las más importantes a los efectos de este trabajo, en tanto que sobre ellas se concentran la mayoría de las dificultades apuntadas. Por ello, y aunque se han hecho y harán referencias a otras experiencias, el modelo de transición (simple) que se escogerá y analizará en este estudio será el que suponga un cambio de régimen hacia un gobierno democrático, considerándose, adicionalmente, los casos de transición doble en los que acompaña a este proceso un paso de la guerra a la paz; resultando que este último devenir no será objeto de este trabajo de forma aislada por las razones ya expuestas desde el comienzo.

Desde esta premisa, entonces, conviene recordar que al margen de otros antecedentes, en un inicio el examen de estos procesos se sustanció en las teorías estructurales de las décadas de 1950-1960, que fundamentaban su estudio básicamente en las estructuras socio-económicas y culturales⁷⁸⁴. Esta situación varió a partir del decenio de 1970, momento en que esta orientación fue valorada, por decirlo en palabras de Przeworski, como un análisis en el que el resultado está determinado únicamente por las condiciones, y la historia va adelante sin que nadie haga nunca nada⁷⁸⁵; siendo, por tanto progresivamente desplazada por las más recientes tendencias del enfoque estratégico del cambio político, perspectiva que ha ido adquiriendo un predicamento cada vez mayor en este ámbito, aun bajo la premisa de que los factores objetivos limitan, en grado variable, lo que es posible lograr en una situación histórica concreta⁷⁸⁶.

Prestando, en consecuencia, una mayor atención a los procesos subjetivos frente a los contextos objetivos, autores tan destacables como Lowenthal han sostenido que cualquier estudio sobre los períodos de transición debe atender a condicionantes como las circunstancias históricas, la coyuntura internacional, la manera en que fue desbaratado el régimen democrático anterior –de haber existido–, los medios a que apeló el régimen autoritario para ganar legitimidad y maniobrar frente a las amenazas

⁷⁸³ Cfr. NÍ AOLÁIN, F. y CAMPBELL, C.: “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, en *HRQ*, vol. 27, núm. 1, 2005, págs. 172-185; consúltese un interesante cuadro comparativo en la pág. 194.

⁷⁸⁴ En este sentido, suele considerarse el ejemplo extremo el trabajo de MOORE: *Social Origins of Dictatorship and Democracy* de 1965 (existe una versión traducida al castellano: MOORE, B.: *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia : El señor y el campesino en la formación del mundo moderno*, Península, Barcelona, 1991). Véanse, igualmente, los trabajos de LIPSET, S.: *El hombre político*, Madrid, Tecnos, 1987; HUNTINGTON, S. P.: *El orden político en sociedades en cambio*, Paidós, Buenos Aires, 1980; ALMOND, G. y SYDNEY, V. (eds.): *The Civic Culture Revisited*, Sage, Londres, 1989.

⁷⁸⁵ Cfr. PRZEWORSKI, A.: *La democracia y el Mercado*, Cambridge University Press, 1991, pág. 96.

⁷⁸⁶ Consúltese, sobre este particular, PRZEWORSKI, A.: “Algunas problemas en el estudio de la transición hacia la democracia”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

que pusieron en peligro su poder, la capacidad de iniciativa y la oportunidad con que se emprenden los movimientos tentativos hacia la apertura, el grado de seguridad y de autoconfianza que revelan las elites del régimen, así como la confianza de aptitudes de quienes pretender abrir el proceso político, el papel jugado por el liderazgo y discernimiento político de determinados sujetos en el proceso, la existencia o inexistencia de recursos financieros, el asesoramiento recibido de extranjeros, y las “modas” prevalecientes en el campo internacional, que otorgan legitimidad a ciertas formas de transición y no a otras⁷⁸⁷.

Otros autores han afirmado, no obstante y justamente en relación con los casos hispanoamericanos, que los factores externos presentan una influencia notablemente mayor que los internos; y así han propuesto como elementos específicos de análisis, junto con la tradición política del país, 1) la relación de éste con las democracias industrializadas, especialmente los Estados Unidos de América, los países de Europa Occidental – y dentro de ellos muy particularmente Francia, Inglaterra, Alemania e Italia-, y Japón; 2) la relación del país en transición con corporaciones transnacionales; 3) la conexión del país con actores transnacionales en campos tales como el religioso, el sindical, el cultural y el de derechos humanos; 4) la orientación política exterior; 5) la calidad del liderazgo interno que asume la dirección del proceso de transición; y 6) la conciencia de dicho liderazgo sobre la naturaleza de la interacción entre los factores externos y los factores internos⁷⁸⁸.

Definitivamente a partir de los años 90 del pasado siglo, el estudio de factores subjetivos como la intención de los actores, la confianza, sospechas, y valores de los mismos, o la propensión al compromiso se han ido erigiendo como auténticos protagonistas de estos análisis; siendo posible, ya desde trabajos como el citado de Przeworski, encontrar una tendencia académica que utiliza técnicas procedentes de la microeconomía para abordar esta temática. Esta perspectiva, partiendo de la aceptación de los resultados colectivos como derivados de la elección de estrategias por actores auto-interesados que interactúan entre ellos, se sirve de la teoría de juegos como plataforma analítica para estudiar los procesos de cambio político o transición⁷⁸⁹; añadiendo por tanto nuevas aristas a afrontar en esta cuestión. Entre todas ellas, como ha demostrado Aguilar, habría que también atender singularmente a un elemento que

⁷⁸⁷ Cfr. O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina* – 2, Paidós, Buenos Aires, 1988, pág. 11.

⁷⁸⁸ Cfr. LAGOS, G. Y ARMANET, P.: “Transnacionalismo, transición a la democracia e interacción entre factores externos e internos en la política latinoamericana”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transiciones a la democracia en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985, págs. 98-101.

⁷⁸⁹ Sobre esta cuestión, BRAMS, S. J.: *Negotiation Games: Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration*, Routledge, Nueva York, 1994; COLOMER, J. M.: *Transiciones estratégicas: Democratización y teoría de juegos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; MORROW, J.: *Game Theory for Political Scientist*, Princeton University Press, Princeton, 1994; así como los más específicos COLOMER, J. M.: *Game Theory and the Transition to Democracy: The Spanish Model*, Edward Elgar, Aldershot, 1995; GEDDES, B.: “A Game Theory Model of Reform in Latin America Democracies”, en *American Political Science Review*, vol. 85, núm. 2, 1991; ZIELINSKI, J.: “The Polish Transition to Democracy: A Game-Theoretic Approach”, en *Archives Européennes de Sociologie*, N° 36, 1995.

hasta fecha reciente no ha gozado del protagonismo que debería haber tenido, el aprendizaje colectivo del país, la memoria colectiva del pasado, o por decirlo con un término que ha hecho fortuna, la denominada como “memoria histórica”, es decir, la memoria que una comunidad tiene de su propia historia⁷⁹⁰.

A la pluralidad y heterogeneidad de factores señaladas habría que agregar que, aun si fuera posible aislar y cuantificar todos estos aspectos con vistas a establecer una formulación teórica tanto para prever el desarrollo de los procesos de transición como para determinar las condiciones que serían necesarias para activarlos, todo este esquema puede verse sustancialmente modificado por lo que ha venido a conocerse como un “acontecimiento crítico” —una derrota militar, la muerte de un dictador, el debilitamiento del apoyo extranjero, el cambio de sensibilidad internacional, etc.—; hecho que, igualmente evaluado en relación con las condiciones concretas del caso en cuestión, puede considerarse, ya como un catalizador del proceso, ya como una circunstancia que marcará todo su desarrollo.

De este modo, algunos autores advierten que resulta imposible trazar una progresión lineal que, tras un golpe de Estado, vaya de la represión a la institucionalización y después a la liberalización y la transición⁷⁹¹, pues un sin fin de crisis diversas —desde crisis dentro del régimen hasta crisis del régimen o “crisis terminales”— pueden interrumpir o apartar a cualquier régimen de una progresión tal, o modificar sustancialmente cualquiera de estas supuestas etapas lógicas⁷⁹². Desde una aproximación más rotunda, bien podría sostenerse incluso que de la multiplicidad de elementos implicados en un proceso de transición puede extraerse que cada una de ellas es “irrepetible”, resultando aventurado tratar de construir modelos sobre la base de las experiencias previas.

En este orden de ideas, conviene advertir que las experiencias de transición más recientes han puesto sobre la mesa una cuestión, cuanto menos, inquietante. Frente a los postulados clásicos de las Ciencias Políticas, la denominada como “transicionología” contemporánea ha demostrado que lo que siempre se consideraron como precondiciones o requisitos clave para hacer posible el cambio de régimen, no tienen por que cumplirse. Así, se han realizado procesos de transición sin eliminar a los protagonistas del régimen anterior, sin grandes movilizaciones populares que determinen el ritmo de la transición, sin alcanzar un alto nivel de desarrollo económico, sin una redistribución del ingreso, sin una burguesía nacional capitalistas, sin una cultura cívica realmente implantada, e incluso sin que existan muchos demócratas⁷⁹³.

Todo lo señalado, en definitiva, pone de manifiesto que la enorme complejidad analítica de los procesos de transición tan sólo puede ser atendida —aceptado que ello

⁷⁹⁰ Cfr. AGUILAR, P.: *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Alianza Editorial, Madrid, 1996. Sobre el concepto de “memoria histórica” (“memoria colectiva/memoria social”), véanse especialmente págs. 25-59.

⁷⁹¹ El contenido de cada una de estas fases o conceptos será analizado en las próximas páginas.

⁷⁹² A este respecto, GARRETÓN, M. A.: “La evolución política del régimen militar chileno y los problemas en la transición a la democracia”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina* — 2, *op. cit.*, pág. 169-170.

⁷⁹³ En este sentido, SCHMITTER, P. C.: “La Transiciónología...”, *op. cit.*, págs. 50-52.

sea realmente posible- desde un enfoque multidisciplinar en el que se integren disciplinas como la Historia –o historiografía-, las Ciencias Políticas, la Sociología, la Antropología, las Relaciones Internacionales, el Derecho, la Economía, etc.; circunstancia que es igualmente predicable incluso si se limita el estudio al modo en que las autoridades salidas de un proceso de transición han enfrentado los crímenes de derecho internacional cometidos por el régimen anterior.

Así, algunos autores han apuntado que en la confrontación con el pasado dictatorial tienen cabida al menos cuatro orientaciones⁷⁹⁴: la histórico-científico-política, la histórico-jurídica, la jurídica actual, y la confrontación mediática relacionada con la opinión pública⁷⁹⁵; advertencia que queda reforzada si se recuerda que para resolver un interrogante tan complejo como el que abre el ya clásico trabajo de Teitel sobre la Justicia Transicional, esto es “*how should societies deal with their evil pasts?*”⁷⁹⁶, la autora se sirve de consideraciones y patrones de evaluación que, con buen criterio, sobrepasan lo estrictamente jurídico.

Aceptando entonces la pertinencia y necesidad de un enfoque de esta naturaleza, resulta preciso señalar que aunque no cabe duda de que todo proceso de transición no es, por utilizar una expresión afortunada, asimilable a una súbita precipitación de un producto químico de laboratorio, un examen detallado de los antecedentes históricos, políticos o culturales de los mismos, así como la actuación, intereses y valores, en sentido amplio, de los diversos actores que en ellos intervienen son cuestiones que exceden de las posibilidades de este análisis. Resulta evidente, no obstante, que alguna referencia a estas circunstancias es insoslayable, pero ha de subrayarse que el objeto de este trabajo obliga a circunscribir al ámbito del derecho internacional la aproximación a los procesos de transición que se analizan; examinando, de este modo y en concreto, las actuaciones realizadas para sancionar los crímenes de derecho internacional y, en su caso, las violaciones a los derechos humanos pasadas, con vistas, en primer lugar, a determinar su adecuación con las obligaciones internacionales vigentes ya identificadas, y a la postre, con el objetivo final de establecer y valorar las alternativas que pueden encontrarse dentro del derecho internacional a tal fin.

Desde estas premisas, resulta oportuno advertir que incluso en aquéllos que han enfrentado las transiciones desde el derecho internacional, básicamente de los derechos humanos, se ha producido también un cambio notable. Si la tendencia general

⁷⁹⁴ Todas ellas centran sus esfuerzos en los crímenes que son objeto de este trabajo, aunque cabe apuntar que algunos autores han considerado que este enfoque resulta “miope”, en tanto que olvidan la visibilidad del crimen en la experiencia diaria del ciudadano común. Cfr. SNODGRASS GODOY, A.: “Una perspectiva “invertida” de la justicia transicional: lecciones de Guatemala”, en RETTBERG, A. (ed.): *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Uniandes, Bogotá, 2005, Conclusión, párrs. 1-3. Pese a lo oportuno de estas reflexiones, su análisis se enmarca en un ámbito distinto al de este trabajo, con lo que baste esta referencia como una muestra más de la múltiples interconexiones y complejidades del fenómeno examinado.

⁷⁹⁵ Véase la aportación de Arnold: “Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal”, en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal...*, op. cit., pág. 28.

⁷⁹⁶ Vid. TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, op. cit., pág. 3.

anterior, aun con excepciones como el interés en los procesos judiciales habidos a partir de mediados de 1974 en Grecia⁷⁹⁷ y de 1979 en Nicaragua⁷⁹⁸, consistía en centrar los esfuerzos en la documentación y denuncia de las atrocidades cometidas por los gobiernos no democráticos, así como, posteriormente, en la proposición de medidas para prevenir actos similares y fortalecer los mecanismos de protección de los derechos humanos en el nuevo régimen, a partir de finales la década de 1970-inicios de 1980 en general, y a mi entender, de la transición argentina en particular, las distintas organizaciones de derechos humanos, los especialistas, investigadores, académicos, etc., comenzaron a dirigir su interés a los propios procesos de transición y, dentro de ellos, a la sanción de los crímenes cometidos por las autoridades anteriores. De este modo, a partir de entonces ya no se reputaría como suficiente el fin del régimen dictatorial y/o del conflicto armado, sino que la cuestión del castigo de los responsables de los crímenes cometidos durante esos períodos pasaría a ser un punto clave en los esfuerzos para afrontar estos procesos de transición.

Los motivos de este nuevo interés y énfasis son muy diversos, si bien puede ser de utilidad referirse a un trabajo de una persona directamente implicada en ellos para, al menos, presentar una breve síntesis de los mismos; síntesis que, además, será relevante para una mejor comprensión del desarrollo posterior de este trabajo. Así, para Zalaquett son cuatro las realidades que justifican la variación mencionada:

- 1) A pesar de la clara tendencia hacia el resurgimiento de la democracia a partir de los decenios de 1970-1980, resultaba patente que los avances

⁷⁹⁷ En rigor, no fue hasta el nueve de septiembre de 1974 cuando se presentó la primera causa contra uno de los líderes del golpe de Estado de 1967, siendo esencial, en esta cuestión, la propia iniciativa de sujetos privados como Alexandros Lykourezos. En todo caso, pudiera sostenerse que realmente fueron los casos que darían lugar a los conocidos como “torture trials” aquéllos que levantaron un mayor interés tanto entre las organizaciones de derechos humanos como de las autoridades y opinión pública. Para más datos, véase el interesante trabajo de ALIVIZATOS, N. C. y NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P.: “Politics and the Judiciary in the Greek Transition to Democracy”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

⁷⁹⁸ Con la excepción del enjuiciamiento y condena del Mayor Oscar Sotomayor, el patrón de impunidad generalizada que caracterizó al régimen de Somoza variaría -aun parcialmente- tras la victoria del Frente Sandinista de Liberación Nacional en 1979. Aunque se anunció que no se realizarían juicios contra los miembros de la vencida Guardia Nacional, con la llegada de las nuevas autoridades nicaragüenses se impulsarían una serie de procesos contra éstos, a través de los recién creados tribunales del pueblo (tribunales especiales integrados por tres miembros, de los cuales sólo uno debía ser abogado o estudiante de Derecho de los dos últimos años), así como contra miembros de la Oficina de Seguridad Nacional, y un reducido número de altos cargos militares acusados de la comisión de diversas violaciones a los derechos humanos; siendo que los máximos responsables de los crímenes perpetrados, el mismo Somoza al frente, habían logrado huir del país con anterioridad. En esencia, las propias aspiraciones y características del nuevo régimen nicaragüense fueron elementos clave para comprender este interés, si bien, la importancia – simbólica o real- de los procesos junto con las dudas que fueron surgiendo en cuanto al respeto de las garantías del debido proceso en el diseño y desarrollo de los mecanismos previstos para llevarlos a la práctica fueron, igualmente, factores que impulsaron una atención creciente sobre estos procedimientos. Para más datos, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua”, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, 30 de junio de 1981, en especial capítulo IV. En la doctrina, NÚÑEZ DE ESCORCIA, V.: “La impunidad en Nicaragua”, en Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, Chile, 13-16 de diciembre 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>.

logrados eran a menudo muy frágiles. En este contexto, se va abriendo paso la convicción de que las nuevas autoridades no sólo deberían prevenir futuras violaciones a los derechos humanos, sino castigar a los responsables de las pasadas para atender las legítimas demandas de las víctimas y conseguir, a la postre, tanto completar una transición exitosa como consolidar los débiles regímenes democráticos nacientes. Sin embargo, se observó que la materialización de este segundo propósito puede depender en la práctica de las propias circunstancias políticas –y muy especialmente de la oposición de algunos sectores–, lo que obligó a prestar atención a las mismas y a adentrarse en los propios procesos de transición y en sus ambigüedades.

- 2) Los derechos humanos fueron enarbolados como bandera de lucha en varios de los países en los que se dio un cambio de régimen, existiendo una clara vinculación entre muchas de las autoridades de los nuevos gobiernos y las organizaciones no gubernamentales (ONGs) de derechos humanos. Este hecho colocó a éstas en un papel esencial como agentes y definidores de la agenda política, tanto en el proceso de transición previo como en el posterior desarrollo del gobierno democrático.
- 3) En muchos de los Estados que han venido atravesando un proceso de transición, tanto algunos organismos nacionales de derechos humanos como la mayoría de ONGs dedicadas a estas cuestiones nacieron durante el gobierno no democrático anterior. Estas entidades desarrollaron fuertes vínculos con sus contrapartes internacionales, influyendo en sus perspectivas y preocupaciones e involucrándolas en los mismos procesos de transición nacionales⁷⁹⁹.
- 4) Algunos de los regímenes depuestos habían practicado, sistemáticamente, las desapariciones forzadas de personas, lo que implicó que las demandas

⁷⁹⁹ Resulta oportuno completar lo expuesto en estos párrafos con algunas afirmaciones de Tomasevski; para esta autora el trabajo de las ONGs en Iberoamérica a lo largo de las décadas de 1970 y 1980 activó tanto la presencia como la influencia de las ONGs a nivel universal como una alternativa a la respuesta institucionalizada de organizaciones como la ONU. A través de lo la autora cita como el “*boomerang pattern*” la decidida actuación de las ONGs locales retroalimentó un proceso en que organización internacionales mayores se sirvieron de la información obtenida por ellas para apremiar a los gobiernos y movilizar a la opinión pública, esencialmente, de los países del Norte, así como para exigir actuaciones ante los diversos organismos internacionales de derechos humanos; al mismo tiempo, las organizaciones nacionales lograron presionar a las propias autoridades locales por medio de estas organizaciones internacionales. Así, resume esta autora “*two factors were decisive in making South America (aunque utiliza esta palabra en realidad se refiere, entiendo, igualmente a Centroamérica) prominent in international human rights in the late 1970s: denials and violations of individuals rights were institutionalised through military rule in most developed countries of the region, eliciting a great deal of passive and active resistance in the urbanised and industrialised communities in Argentina, Chile and Uruguay, including exile or refuge in the West through which Western attention was forced on abuses at home; institutionalised abuses of power and their human toll were rapidly and extensively documented. The human toll, 30,000 in Argentina, for example, consisted of those selectively targeted by the military government to stifle and then prevent opposition and repression and was bund to generate publicity. Pressure upon governments –especially Western- followed, and they had to react both individually and collectively.*” *Vid.* TOMASEVSKI, K.: *Responding to Human Rights Violations: 1946-1999*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2000, págs. 121-122.

de las organizaciones de derechos humanos se dirigieran no al gobierno culpable, sino al que le sucedió. De este modo, los aspectos políticos de la transición quedaron entretejidos en la temática de los derechos humanos de tal forma que apenas era posible atender a éstos sin tener en cuenta los primeros. Por ello, organismos de derechos humanos tanto nacionales como internacionales participaron, en un grado hasta entonces sin precedentes, en el mismo proceso de transición⁸⁰⁰.

Todos estos cambios y circunstancias expuestas, a las que en una fase posterior cabría agregar el mismo fin de la Guerra Fría, activaron un prolijo debate en el que en torno a una pregunta fundamental, ¿qué hacer con los responsables de los crímenes pasados?, se enfrentaron –y enfrentan–, a grandes rasgos, dos posiciones: aquéllos que abogan por la prioritaria necesidad de implementar las medidas necesarias para acabar con la guerra o con el gobierno no democrático, frente a aquéllos que defienden la exigencia del castigo de los responsables de los crímenes pasados como paso insoslayable en todo proceso. Entre ambas posiciones, enmarcadas bajo los rótulos generales de realistas frente a idealistas⁸⁰¹ o de “*peace makers*” versus “*human righters*”⁸⁰², surgieron igualmente otras proposiciones híbridas como las englobables en formulaciones como “paz ahora y justicia en el futuro”⁸⁰³, o “enfrentar el pasado, sí, pero todavía no”⁸⁰⁴.

Al calor de esta polémica fueron revisados conceptos como el de derechos humanos o democracia, sosteniéndose, por ejemplo, que no hay mejora de los derechos humanos más significativa que acabar con un conflicto armado o una dictadura atroz, aunque ello suponga renunciar al castigo de los responsables de los crímenes cometidos en el transcurso de las mismas⁸⁰⁵; enunciado que ha presentado versiones más matizadas, esto es, que las evidencias empíricas sugieren que “el interés de la Justicia” debe ser “suavizado” para atender a las circunstancias y deseos de las partes que tratan

⁸⁰⁰ Sobre lo señalado en estos puntos, ZALAQUETT, J.: “Derechos Humanos...”, *op. cit.*, págs. 93-94.

⁸⁰¹ Cfr. TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, *op. cit.*, págs. 3-9, y en especial págs. 3-5.

⁸⁰² Cfr. Ponencia del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Seminario Internacional “Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz”, organizado por la *Escola de Cultura de Pau* de la Universidad Autònoma de Barcelona, 27-28 de febrero de 2004.

⁸⁰³ Para más datos, en visión crítica, sobre este tipo de proposiciones véase HUYSE, L.: “Justice After Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past”, en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, núm. 1, 1995. En sentido contrario, esto es, abogando con la implementación de medidas mixtas que se acomoden a las necesidades tanto políticas presentes como de castigo de los responsables de los crímenes de derecho internacional pasados, véase WILLIAMS, P. R. y SCHARF, M. P.: *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowam & Littlefield Publishers, INC, Boston, 2002, págs. 3-35, y en especial págs. 33-35.

⁸⁰⁴ Sobre estas posiciones, GARTON ASH, T.: “Juicios, Purgas y Lecciones de Historia”, en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003, págs. 46- 47. Puede consultarse el trabajo completo en GARTON ASH, T.: *Historia del presente: Ensayos, retratos y crónica de la Europa de los 90*, Tusquets, Barcelona, 2000.

⁸⁰⁵ Cfr. Ponencia del señor Michael Frühling en el Seminario Internacional “Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz”, *op. cit.*

de negociar para alcanzar acuerdos políticos⁸⁰⁶, y más severas, como aquéllas recogidas en el análisis de Willians y Scharf, es decir: las personas que consideran el castigo de los criminales de guerra como una cuestión irrenunciable para dar paso a una transición, son aquellas personas que ni están viviendo la guerra en primera persona ni se preocupan por salvar las vidas que están pereciendo a cada instante⁸⁰⁷.

A la postre, posiciones todas estas que podrían enmarcarse en la ya famosa sentencia de Mazowiecki: Tracemos una línea gruesa sobre el pasado y miremos al futuro⁸⁰⁸.

Del otro lado, estas alegaciones serían respondidas sosteniendo que aunque la democracia es obviamente más deseable que la dictadura y la paz que la violencia, el logro de la paz no puede conseguirse excluyendo la justicia⁸⁰⁹; lo que en una formulación más extensiva podría ampliarse advirtiendo que resulta necesario enfrentar el pasado para poder dar paso al futuro, pues 1) aunque se esté demasiado cerca, temporal y emocionalmente, de lo ocurrido, con el pasar del tiempo algunos testigos mueren, otros olvida o, al menos, alteran sus recuerdos, y, frecuentemente, los peores crímenes son los menos documentados en los archivos; 2) las víctimas y sus familiares tienen el derecho a saber a manos de quién, cómo y porqué sufrieron ellos o sus seres queridos; y 3) el retraso y la supresión tienen su precio psicológico y político, en tanto que el hecho de que los represores queden sin castigo, e incluso sigan ocupando altos cargos, compromete al nuevo régimen a ojos de los que deberían ser sus más firmes partidarios⁸¹⁰. Conjunto de argumentos que desde una percepción más ajustada al ámbito de este trabajo, pudiera condensarse señalando que si bien los juicios pueden poner en peligro las perspectivas a corto plazo de las democracias en Iberoamérica, son cruciales para su salud a largo plazo; siendo que el ciclo de represión e impunidad ha continuado durante siglos porque una clase de personas poderosas se mantiene por encima de la ley, hacer que los militares respondan por sus abusos ante un tribunal, estableciendo así control civil sobre los militares y la primacía de la ley sobre la fuerza, es la única forma de romper ese ciclo. De este modo, se concluye, tanto para las víctimas de las dictaduras iberoamericanas como para su obligación con la democracia, los juicios son la respuesta correcta⁸¹¹.

⁸⁰⁶ Cfr. HAMPSON, F. O.: "Can Peace-building work?", en *Cornell International Law Journal*, núm. 10. 1997, pág. 712.

⁸⁰⁷ Véanse las referencias recogidas en este sentido en WILLIAMS, P. R. y SCHARF, M. P.: *Peace...*, *op. cit.*, págs. 29-35, y en especial págs. 31-32.

⁸⁰⁸ En realidad, el propio primer Jefe de Estado polaco no comunista en más de cincuenta años, Tadeusz Mazowiecki, ha insistido posteriormente en que con esta manifestación quería referirse a que su gobierno sólo sería responsable de lo que, desde su llegada al poder, ocurriera; pero el transcurrir de su mandato dio la razón a aquéllos que le interpretaron como se ha hecho en este trabajo.

⁸⁰⁹ Véase, entre otros, BASSIOUNI, M. C.: "The Need for International Accountability", en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. III, Transnational Publishers, Nueva York, 1999, pág. 6 y ss.

⁸¹⁰ Cfr. GARTON ASH, T.: "Juicios...", *op. cit.*, pág. 47. No obstante, en lo concerniente a la persecución penal, este autor matiza posteriormente algunas de sus posiciones al señalar, en relación con el efecto disuasoria de la condena penal, que "si esa disuasión todavía fuera importante (como en Rusia), no se habrían llevado a cabo los juicios, y donde ha habido juicios (como en Alemania), la disuasión no era necesaria." *Vid. Ibid.*, pág. 51.

⁸¹¹ Cfr. ROSENBERG, T.: "Tierras embrujadas", en VV.AA.: *Ensayos...*, *op. cit.*, pág. 17.

En definitiva, en todos estos postulados podría decirse que es la famosa sentencia de Santayana la que impera: Los que olvidan los errores del pasado están condenados a repetirlos.

El proceso mencionado se vio también acompañado de un profundo escrutinio del concepto de Justicia (o del binomio justicia-venganza), alcanzado gran predicamento, como ya se apuntó, los estudios e iniciativas que frente –o junto– a la justicia retributiva han profundizado en lo que se conoce como justicia restitutiva, restaurativa o reparatoria (“*restorative justice*”); justificando tal enfoque en la intención de atender de forma más global las necesidades y retos de las sociedades en transición precedida de los más atroces crímenes de derecho internacional. Esta perspectiva, en esencia, maneja una concepción de justicia en la que los sujetos más directamente implicados en los crímenes son los que deben responder al sufrimiento causado por el crimen, buscando, fundamentalmente, reparar el daño realizado más que el castigo por la comisión del crimen⁸¹².

Todo lo expuesto dio nuevos vigores a un ámbito de análisis y discusión que aunque tan viejo como la misma democracia⁸¹³, tomó un gran protagonismo en este período⁸¹⁴, quedando definitivamente formalizado bajo el epígrafe de origen inglés “Justicia Transicional”⁸¹⁵, o por atender a la formulación latina de Walzer, *jus post*

⁸¹² Para una aproximación a este tema véanse: BAZEMORE, G. Y SCHIFF, M. (eds.): *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001; BRAITHWAITE, J.: *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, Nueva York, 2002; CLAES, E., FOQUÉ, R. y PETERS, T. (eds.): *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Intersentia, Oxford, 2005; JOHNSTONE, G.: *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Willan Publishing, Oregón, 2002; KAPTEIN, H. y MALSCH, M. (eds.): *Crime, Victims and Justice*, Ashgate, Hampshire, 2004; MOORE, K. D.: *Pardons. Justice, Mercy and Public Interest*, Oxford University Press, Nueva York, 1989. PERRY, J. (ed.): *Restorative Justice. Repairing Communities Through Restorative Justice*, American Correctional Association, Maryland, 2002; ROCHE, D.: *Accountability in Restorative Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2003; STRANG, H.: *Repair or Revenge*, Clanderon Press, Oxford, 2002; STRICKLAND, R. A.: *Restorative Justice*, Peter Lang, Nueva York, 2004; SULLIVAN, D. y TIFFT, L.: *Restorative Justice: Healing the Foundations of our everyday lives*, Willow Tree Press, Nueva York, 2001; VV.AA.: *Facing Violence: A Path of Restorative Justice and Dialogue*, Criminal Justice Press, Nueva York, 2003; WALGRAVE, L. (ed.): *Repositioning Restorative Justice*, Willan Publishing, Oregón, 2003; WEITEKAMP, E. G. M. y KERNER, H.-J.: *Restorative Justice in Context. International practise and directions*, Willan Publishing, Oregón, 2003. En perspectiva crítica, ACORN, A.: *Compulsory Compassion*, UBC Press, 2004; GAVRIELIDÉS, T.: “Restorative justice: Are we there yet? Responding to the Home Office’s Consultation Questions”, en *CLF*, vol. 14, núm. 4, 2003. Más centrados en el ámbito de este trabajo, resultan GALAWAY, B. y HUDSON, J. (eds.): *Restorative Justice: International Perspectives*, Kugler Publications, Amsterdam, 1996; MANI, R.: *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, Polity Press, Cambridge, 2002; STRANG, H. y BRAITHWAITE, J. (eds.): *Restorative Justice and Civil Society*, Cambridge University Press, Nueva York, 2001; VILLA-VICENCIO, C.: “Why Perpetrators Should not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet”, en *Emory Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2000.

⁸¹³ Así lo afirma Elster, iniciando, no por casualidad, su trabajo con el estudio de los pasos tomados tras las restauraciones de la democracia ateniense en el 411 y 403 antes de Cristo. Cfr. ELSTER, J.: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, págs. 3-23.

⁸¹⁴ Sobre la evolución más próxima de la Justicia Transicional, puede consultarse el interesante trabajo de TEITEL, R. G.: “Transitional Justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003.

⁸¹⁵ Aunque esta cuestión no es nueva, la bibliografía que la ha enfrentado con detenimiento es relativamente reciente, si bien, no por ello poco numerosa. Los primeros trabajos sobre este particular

*bellum*⁸¹⁶ -en nomenclatura de la ONU “justicia de transición”⁸¹⁷-; esto es, el conjunto de estudios y acciones que enfrentan “*the challenge of how best to reckon with regime atrocities*”⁸¹⁸, o dicho de una forma más específica, que afrontan cómo responder a las pasadas violaciones masivas a los derechos humanos cometidas, ya por agentes estatales, ya por particulares con el consentimiento y tolerancia de sus gobiernos⁸¹⁹.

Algunos autores han sintetizado las distintas alternativas para resolver a esta cuestión en tres vertientes o pilares fundamentales: el enjuiciamiento de los

aparecieron como artículos de revistas y actas de múltiples seminarios, siendo que hoy la mayoría de ellos se encuentran integrados en diversas recopilaciones en formato monográfico. Para una visión general sobre esta cuestión, consúltense, sin carácter exhaustivo: AGUILAR, P.: *Memoria y olvido...*, *op. cit.*; AMSTUTZ, M. R.: *The Healing of Nations. The Promise and Limits of Political Forgiveness*, Roman & Littlefield Publishers, Nueva York, 2005; ALBON, M.: *The Project on Justice in Times of Transition*, Foundation for a Civil Society, Nueva York, 1994; BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict...*, *op. cit.*; BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002; BASTIAN, S. y LUCKHAM, R. (eds.): *Can democracy be designed? The Politics of Institutional Choice in Conflict-Torn Societies*, Zed Books, Nueva York, 2003; BIGGAR, N. (ed.): *Burying...*, *op. cit.*; BLOOMFIELD, D. y BARNES, T. y HUYSE, L. (eds.): *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*, IDEA, Estocolmo, 2003; BORAINÉ, A.: *A Country...*, *op. cit.*; BURUMA, I.: *The Wages of Guilt: Memories of War in Germany and Japan*, Farrar, Straus, Giroux, Nueva York, 1994; DI PALMA, G.: *To Craft Democracies. An Essay on Democratic Transitions*, University of California Press, California, 1990; ELSTER, J.: *Closing the...*, *op. cit.*; GARTON ASH, T.: *Historia del...*, *op. cit.*; HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths...*, *op. cit.*; HESSE, C. y ROBERT, P. (eds.): *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, MIT Press, Cambridge, 1999; HOROWITZ, S. y SCHNABEL, A. (eds.): *Human Rights and Societies in Transition. Causes, Consequences, Responses*, United Nations University Press, Nueva York, 2004; JOSKIC, A. (ed.): *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001; KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vols. I, II, y III, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995; LONG, J. W. y BRECKE, P.: *War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution*, The MIT Press, Cambridge, 2003; MALAMUD-GOTI, J.: *Game without end. State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1996; MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*; MINOW, M.: *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998; NINO, C. S.: *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996; OSIEL, M.: *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1997; RETTBERG, A. (ed.): *Entre el Perdón...*, *op. cit.*; RIGBY, A.: *Justice and Reconciliation After the Violence*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2001; ROEHRING, T.: *The prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations*, McFarland & Company, INC, Publishers, Londres, 2002; ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995; ROSENBERG, T.: *Children of Cain: Violence and the Violent in Latin America*, Penguin USA, Nueva York, 1991; *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts after Communism*, Vintage Books, Nueva York, 1996; SCHWAN, G.: *Politics and Guilt: The Destructive Power of Silence*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2001; TEITEL, R.: *Transitional Justice*, *op. cit.*; VV.AA.: *Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiators*, IDEA, Estocolmo, 1998; VV.AA.: *Ensayos...*, *op. cit.*; VILLA-VICENCIO, C. y DOXTADER, E. (eds.): *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, David Phillips, Ciudad del Cabo, 2003; *Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, David Phillips, Ciudad del Cabo, 2004; WESCHLER, L.: *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers*, Pantheon Books, Nueva York, 1990.

⁸¹⁶ Cfr. WALZER, M.: *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004, pág. 18 y ss.

⁸¹⁷ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 8.

⁸¹⁸ Vid. AMSTUTZ, M. R.: *The Healing...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁸¹⁹ Ésta es la pregunta que se formula Nino al comienzo de su imprescindible trabajo, NINO, C. S.: *Radical Evil...*, *op. cit.*, pág. vii.

responsables, las medidas reparatorias y restaurativas, y las purgas⁸²⁰; siendo que una definición más operativa, como la del Centro Internacional para la Justicia Transicional, ofrece una aproximación más completa a este campo analítico. Así, señalan los especialistas de este Centro, a medida que transcurre la transición política tras un período de violencia o represión, una sociedad se enfrenta a menudo con un difícil legado de violaciones a los derechos humanos. Para promover la justicia, la paz y la reconciliación, tanto funcionarios del gobierno como actores no gubernamentales consideran soluciones judiciales y no judiciales para dar cuenta de los abusos y, de manera creciente y conjunta, se utilizan distintos enfoques para la búsqueda de un sentido de justicia más inclusivo y plural: Juzgamiento de los responsables individuales, establecimiento de iniciativas esclarecedoras frente a los abusos del pasado, reparaciones para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, reformas de instituciones como la policía y la justicia, facilitación de los procesos de reconciliación en comunidades diversas, etcétera⁸²¹.

Conviene advertir que como se pone de manifiesto en esta definición, resulta una pauta común la referencia a la paz, la reconciliación o el éxito del proceso de cambio político⁸²² en el ámbito de los trabajos dedicados a la Justicia Transicional. A este respecto, valga mencionar que un experto como Valencia Villa ha señalado que el desafío fundamental a que se enfrenta la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a las víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios⁸²³.

Ahora bien, los pasos necesarios para lograr la consolidación de la democracia, o de la paz, no pueden estimarse como factores determinantes del presente estudio, en tanto que el mismo presenta un objetivo, ha de reiterarse, más modesto. Podrá alegarse que determinadas decisiones tomadas en los procesos de transición relativas al castigo de los responsables de crímenes de derecho internacional han de ser examinadas en un contexto más amplio de intento de lograr o afianzar la paz y la democracia⁸²⁴, pero resulta preciso subrayar ya desde este momento que tales argumentaciones presuponen la existencia de un amplio espectro de maniobra de los distintos actores implicados⁸²⁵, dependiente, o limitado, en su caso, por un gran número de factores como el carácter del régimen anterior, la forma adoptada por la transición, la situación o posibilidades

⁸²⁰ Cfr. ELSTER, J: *Closing the...*, *op. cit.*, págs. 1, 79-135.

⁸²¹ Cfr. CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: "Informe Anual 2003/2004", pág. 1.

⁸²² Adviértase que algunos autores interrelacionan hasta tal punto la reconciliación y el éxito de la democratización que asumen que el segundo no es posible sin un logro completo de la primera. Véase, a modo de ejemplo, BLOOMFIELD, D. y BARNES, T. y HUYSE, L. (eds.): *Reconciliation...*, *op. cit.*

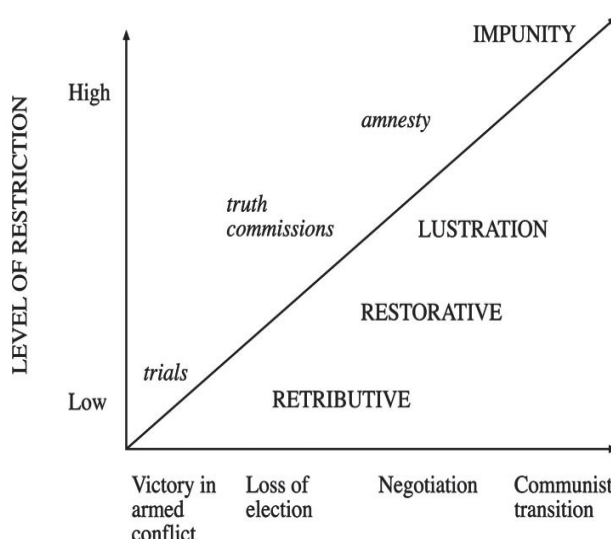
⁸²³ Cfr. VALENCIA VILLA, H.: "El derecho a la justicia...", *op. cit.*

⁸²⁴ Así por ejemplo, puede consultarse el trabajo de Zalaquett, en el que a estas dos condiciones o metas fundamentales añade la necesidad de asegurar los recursos económicos requeridos para lograrlas. Cfr. ZALAQUETT, J.: "Derechos Humanos...", *op. cit.* pág. 97.

⁸²⁵ Véase, por ejemplo, SIMMA, B. y PAULUS, A. L.: "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", en *AJIL*, vol. 93, núm. 2, 1999, págs. 316 y ss., en especial págs. 333-334.

concretas del régimen posterior, etc.⁸²⁶, y no constreñido por una normativa claramente identificable⁸²⁷.

A este respecto, expertos como Boraine han sostenido que las modalidades de transición pueden diferenciarse en cuatro grandes categorías: 1) la derrota total en una guerra (Alemania tras la Segunda Guerra Mundial); 2) una transición causada de la derrota del dictador en unas elecciones (Chile, v.g.); 3) una transición mediante compromiso y negociación (Sudáfrica, v.g.); y 4) la transición de un régimen comunista de larga data (por ejemplo, los países de Europa Oriental). Las distintas alternativas de este esquema, mantiene este autor, delimitan la forma de justicia posible o realizable para enfrentar los crímenes pasados, de tal suerte que el modo de actuar de las nuevas democracias podría analizarse siguiendo el siguiente gráfico⁸²⁸:



Planteamientos de este tipo, a la postre, bien defienden, bien aceptan o comprueban que resultan viables una multiplicidad, más o menos limitada, de iniciativas

⁸²⁶ Véase, en este sentido, la primera de las tres advertencias que se realizan al inicio del trabajo de CROCKER, D. A.: "Transitional Justice and International Civil Society", en JOSKIC, A. (ed.): *War Crimes...*, *op. cit.*, pág. 272. Un excelente ejemplo de este tipo de aproximación es la extensa introducción de BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia...*, *op. cit.*, en especial págs. 29-56.

⁸²⁷ A este respecto, critica Méndez: "La primera concepción errónea acerca del problema de la responsabilización es que no existen reglas que establezcan lo que los Estados deben hacer en respuesta a las masivas violaciones llevadas a cabo en el pasado reciente. A principios de los años ochenta éste fue en América Latina el punto de vista prevaleciente entre muchos observadores con mentalidad democrática, e incluso observadores orientados hacia los derechos humanos. Ello resultó en una falta de apoyo a los esfuerzos para conseguir algún grado de responsabilización en la nueva ola democratizadora". Vid. MÉNDEZ, J. E.: "Responsabilización...", *op. cit.*, apartado 5. Ejemplificando, en cierto modo, esta posición, véase HUYSE, L.: "Justice After...", *op. cit.*

⁸²⁸ Cfr. BORAINÉ, A.: *A Country...*, *op. cit.*, págs. 382 y ss. El cuadro ha sido tomado de la página 384.

(desde disculpas y reconocimientos oficiales a paquetes de reparación a las víctimas, destitución de los represores pasados para que no continúen o accedan a cargos públicos, comisiones de la verdad, procesos criminales, ausencia de persecución penal de *facto*, iniciativas de fortalecimiento de las instituciones públicas, amnistías, programas de educación, formación y capacitación, indultos, etc.) tendentes a alcanzar la paz, la reconciliación o la verdad; medidas que en última instancia habrán de ser consideradas bajo el patrón valorativo de su utilidad⁸²⁹.

En este mismo orden de ideas, autores tan destacados como Zalaquett han sostenido que los Estados que enfrentan el problema de los abusos cometidos en el pasado gozan de cierto grado de discrecionalidad a la hora de dar forma a lo que el denomina política de derechos humanos, presentando tan sólo como limitantes que 1) la verdad debe conocerse; 2) la política debe ser aprobada por medios que legítimamente representen la soberana voluntad popular; y 3) la política no debe violar el DIDH -si bien, el contenido de este requisito va dirigido, esencialmente, a los derechos de los acusados de crímenes pasados-⁸³⁰.

Sin embargo, desde mi punto de vista estas posiciones obvian un punto esencial –o, en algunos casos, lo apuntan pero luego lo olvidan a lo largo de su argumentación⁸³¹-. Toda decisión adoptada en estos procesos ha de reputarse como inválida si supone una violación del derecho internacional vigente. En este sentido, bastará con recordar lo expuesto a propósito del fundamento de la responsabilidad internacional del individuo, de los bienes jurídicos en juego, y de su titularidad, o tan sólo habrá que recordar que todas las obligaciones identificadas en la primera Parte de este trabajo son justamente eso, obligaciones, o, si se prefiere, podrá argüirse que precisamente uno de los pasos fundamental que debe dar un gobierno que ha logrado la pacificación de un conflicto armado, y más evidentemente un nuevo gobierno democrático, es la reinstauración del Estado de Derecho⁸³², la afirmación de un sistema

⁸²⁹ En este sentido, véase por ejemplo el trabajo de KRITZ J., N.: “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.

⁸³⁰ Cfr. ZALAUQUETT, J.: “Derechos Humanos...”, *op. cit.*, págs. 97 y 98. No obstante, este autor reconoce posteriormente que el derecho internacional establece ciertos límites a la discrecionalidad estatal en este ámbito, aunque, en realidad, los formula más como interrogantes que afirmado su verdadera existencia. Cfr. *Ibid.*, págs. 98-103, 108-112.

⁸³¹ Así por ejemplo, en torno a la transición de Ghana, en la enumeración de los elementos que debe cumplir toda política hacia los crímenes pasados, Oduro incluye el respeto del derecho internacional y la necesidad de responsabilización por los crímenes cometidos en la página 334 de su trabajo; condiciones que parece ir olvidando para concluir, en la página 345, que un modelo basado exclusivamente en una Comisión de la Verdad es, atendiendo a las posibilidades, reconciliación del país, democratización, exigencias sociales, etc., incluso “superior” al que él mismo ha construido bajo la máxima: “*in all cases, the policy should meet certain conditions*”. Cfr. ODURO, F.: “Reconciling a Divides Nation through a Non-Retributive Justice Approach: Ghana’s National Reconciliation Initiative”, en *IJHR*, vol. 9, núm. 3, 2005.

⁸³² En el convencimiento, como señala Dahl, de que el problema quizá más persistente y fundamental de la política es el de evitar el gobierno autocrático, y que el respeto del Estado de Derecho es elemento esencial en esta labor. Cfr. DALH, R.: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Ed. Taurus, Madrid, 1999. En este orden de ideas, conviene recordar también que, para autores del nivel de Linz y Stepan, la consolidación democrática, junto a un elemento de actitud y de comportamiento, requiere lo que ellos denominan

respetuoso, en concreto, de la legalidad internacional⁸³³. Mas, no es ésta una posición maximalista o ingenua que olvide que en estos procesos ciertas elites pueden tomar determinadas medidas guiadas por los fines ya mencionados, o limitadas por las circunstancias ya apuntadas, aun a sabiendas de su ilicitud internacional, e incluso estoy dispuesto a convenir que quizás algunas de ellas puedan reportar una utilidad no menor a corto plazo en la consecución de esos importantes objetivos, pero al menos a los efectos de este trabajo, solamente pueden ser admitidas aquellas alternativas que de existir se mantengan dentro de los cauces del derecho internacional.

En este orden de ideas, y sin citar por razones obvias a mis interlocutores, conviene tener presente que en varias conversaciones privadas con algunas personas implicadas en algunos de los procesos de transición aquí examinados resultó común el reconocimiento de que ciertas iniciativas (esencialmente algunas leyes de amnistía) se tomaron con el convencimiento de que años después serían descalificadas por los órganos del sistema interamericano, pero sabiendo al mismo tiempo que el lapso temporal hasta ese momento daría un cierto “respiro” a la nueva democracia para fortalecerse o afrontar otros problemas “más apremiantes”. Con todo, obvio es señalar que esta posición, que recuerda a los postulados ya clásicos de Bruno de Mesquita sobre la toma de decisiones en las Relaciones Internacionales, resulta injustificable desde la perspectiva de un trabajo como el presente.

De este modo, por ejemplo, afirmaciones como la de Llewellyn, esto es, que la sola ausencia de persecución criminal o responsabilización civil no debería seguir considerándose como una injusticia sobre la que se exija una respuesta de la Comunidad Internacional, sino que debe atenderse al contexto general preguntándose

“constitutional component”, esto es, la afirmación del Estado de Derecho como medio para la resolución de conflictos sociales; de este modo, subrayan ambos autores, “*a democratic regime is consolidated when governmental and nongovernmental forces alike become subject to, and habituated to, the resolution of conflict within the bounds of the specific laws, procedures, and institutions sanctioned by the new democratic process.*” Vid. LINZ, J. J. y STEPAN, A.: “Toward Consolidated Democracies”, en *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, 1996, pág. 16. Con una opinión similar, pero referida a los propios objetivos de un proceso de transición, véase POPKIN, M. y ROHT-ARRIAZA, N.: “Truth as...”, *op. cit.*, pág. 82, donde ambas expertas colocan al Estado de Derecho y al “debido proceso” como piedras angulares, y limitantes de la actuación, de un gobierno que desee distinguirse del pasado régimen no democrático. Desde un enfoque más específico, Rosenberg ha señalado sobre este particular que un país que emerge de la dictadura tiene dos conjuntos de obligaciones (de orden legal): hacia las víctimas y hacia el futuro, para garantizar que la dictadura nunca regrese. Cfr. ROSENBERG, T.: *The Haunted...*, *op. cit.* (puede encontrarse una versión traducida al castellano del último capítulo de este libro en VV.AA.: *Ensayos...*, *op. cit.*, págs. 11-20, de donde extraigo esta referencia). Y de forma aun más concreta, Méndez ha sostenido que: “*Redressing the wrong committed through human rights violations is not only a legal obligation and a moral imperative imposed on governments. It also makes good political sense in the transition from dictatorship to democracy. In fact, the pursuit of retrospective justice is an urgent task of democratization, as it highlights the fundamental character of the new order to be established, an order based on the rule of law and on respect for the dignity and worth of each human person.*” Vid. MÉNDEZ, J. E.: “In Defense of Transitional Justice”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, pág. 1. En sentido contrario, ha de citarse un trabajo de Ackerman en el que, de forma tajante, se afirma que una estructura política en transición bien puede dirigir sus esfuerzos a saldar cuentas con el pasado o bien escoger centrar su atención en diseñar un orden constitucional futuro, pero en ningún caso realizar ambas cosas. Cfr. ACKERMAN, B.: *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, Nueva York, 1992, en especial págs. 69-98.

⁸³³ En este sentido, SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado...”, *doc. cit.*

de que forma son mejor atendidos los “intereses de la Justicia”⁸³⁴ -enunciado que bien parece inspirado en las previsiones del artículo 53.1.c.) del Estatuto de la CPI-, solamente serán atendidas si es posible identificar un soporte para esos otros “intereses de la Justicia” en el ordenamiento jurídico internacional que puedan modificar el régimen aplicable a los procesos que aquí ocupan. Se trata, recordando las palabras de Méndez, no de atender prioritariamente a lo que los Estados pueden hacer, sino a lo que deberían hacer sobre la base de la normativa internacional vigente⁸³⁵. Se trata, en definitiva, de no dejarse confundir por consideraciones como las que explicita Teitel, para quien “*international law’s remedial scheme, which is structured in terms of individuals rights, in no way constructs punishment as an enforceable right that it would impose obligation on states*”⁸³⁶.

No se puede más que concluir, entonces, subrayando que en ningún caso será valorada positivamente en este trabajo una medida que por muy eficaz y efectiva que fuera para lograr la llegada o consolidación de la democracia -y en su caso de la paz- supusiera al mismo tiempo la violación de una obligación internacional; y es que a mi entender el debate sobre la utilidad de una decisión o conjunto de decisiones, sobre la base de los parámetros señalados, ha de ser en realidad un análisis posterior a la determinación de las medidas existentes dentro del derecho internacional. El objetivo de este estudio se refiere específicamente a la identificación de esas alternativas disponibles, siendo que una vez conformado, en su caso, un listado de las mismas será cuando habrá que preguntarse cuál es la más adecuada, pertinente o necesaria para lograr el éxito del proceso de transición de una sociedad determinada.

Si bien autores como Nino han advertido del peligro de un excesivo protagonismo de lo “internacional” en los procesos de transición nacionales⁸³⁷, realizar el camino en sentido contrario, en mi opinión, supone desconocer por completo, voluntaria o involuntariamente, la existencia de un ordenamiento jurídico internacional que pese a la perpetua acusación de su estado de crisis, está llamado a resolver justamente muchas situaciones de crisis⁸³⁸.

Así, resulta posible resolver ya en este momento algunos de los interrogantes que se plantean en el ya citado trabajo de Crocker: “*What types of sanctions are appropriate for what violations and on what bases? Should a theory of criminal punishment include a retributive element and, if so, how should it be understood and institutionalised? Who should decide?*”⁸³⁹ La

⁸³⁴ Cfr. LLEWELLYN, J.: “Just Amnesty and Private International Law”, en SCOTT, C. (ed.): *Torture as...*, *op. cit.*, pág. 600.

⁸³⁵ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, apartado 3.

⁸³⁶ Vid. TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, *op. cit.*, pág. 55.

⁸³⁷ Cfr. NINO, C. S.: “Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put in Context: The Case of Argentina”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I. Puede consultarse una crítica a la posición de este autor en ORENTLICHER, D. F.: “A reply to professor Nino”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I. En una posición similar a Orentlicher, aunque no como crítica directa a Nino, véase ROHT-ARRIAZA, N.: “El papel de los actores internacionales en los procesos nacionales de responsabilidad”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia...*, *op. cit.*

⁸³⁸ Sobre esta más que aparente paradoja no debe dejarse de consultar el trabajo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *Derecho Internacional y...*, *op. cit.*, en especial véanse las reflexiones de las páginas 13-30.

⁸³⁹ Vid. CROCKER, D. A.: “Transitional Justice and International...”, *op. cit.*, pág. 276.

respuesta no debe ser otra que las propias obligaciones asumidas por el o los Estados considerados, esto es, la misma legalidad internacional, y ya dentro de ella, será cada sociedad la que deberá decidir que medios o mecanismos serán los más eficaces y eficientes para lograr la paz, la consolidación democrática y la reconciliación de sus ciudadanos.

1. b) *Conceptos clave.*

Aun desde la premisa señalada en el apartado anterior, debe reconocerse que el objeto de este trabajo requiere realizar algunas consideraciones que permitan delimitar, al menos desde un enfoque amplio, algunos conceptos, caracteres y peculiaridades esenciales para este estudio; labor para la que será preciso acudir a algunas de las disciplinas citadas, pero siempre sin perder de vista el enfoque y objetivo explicitados.

A tal efecto, conviene detenerse ahora en la definición de algunos conceptos clave para el desarrollo posterior del análisis; resultando evidente que el término fundamental a abordar será el de transición o proceso de transición escogidos; si bien, es preciso advertir que resultará igualmente necesario acometer, al menos, una aproximación a otros conceptos conexos con vistas a completar el significado de éste.

Como punto de partida puede señalarse que aunque no resulta excesivamente problemática la determinación del significado de una transición que implique el paso de un conflicto armado o una paz más o menos estable⁸⁴⁰, el uso del vocablo de transición (simple) que se ha elegido generalmente ha sido referido, ya al intervalo que se extiende entre un régimen político y otro⁸⁴¹, ya al propio proceso de cambio entre ambos⁸⁴², ya, de forma más concreta, al período de tiempo en que los valores, las normas, las reglas de juego y las instituciones del “antiguo régimen” han dejado de existir plenamente sin

⁸⁴⁰ La dificultad en esta cuestión residiría, básicamente, en la determinación del momento en que pueda considerarse un conflicto armado (interno) finalizado cuando aún perdura cierto grado de violencia. Sobre este particular resulta obligada la mención a lo establecido por la Com.IDH en el importante caso del Cuartel de la Tablada. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 55/97”, *doc. cit.*, párrs. 149-153. En la doctrina, además de los trabajos ya referidos, véase JIMÉNEZ PIERNAS, C. B.: “La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna”, en *AHLADI*, vol. 14, 1999. En todo caso, esta compleja cuestión no ha de preocupar excesivamente en este momento, pues, como se ha apuntado y se abordará a continuación, este trabajo no se circunscribe temporalmente a una concepción restrictiva de los procesos de transición; siendo en realidad el extremo final de este estudio la resolución de los problemas que suscita la persecución de los crímenes de derecho internacional desde el momento en que se inicien negociaciones para poner fin al conflicto.

⁸⁴¹ Cfr. O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, Paidós, Buenos Aires, 1988, pág. 19.

⁸⁴² Cfr. GARRETÓN, M. A.: *Reconstruir la política: transición y consolidación democrática en Chile*, Editorial Andante, Santiago de Chile, 1987, pág. 36.

que el conjunto de valores, normas, instituciones y reglas que integran el “nuevo régimen” hayan surgido por entero⁸⁴³.

Otros autores han construido modelos más complejos en los que la determinación de todo este proceso depende, a su vez, de los avances en cuatro factores interrelacionados, como son la disminución del temor, el intento de los gobernantes de expandir sus nexos con la sociedad civil, la formación de sectores opositores y liberalizantes apoyados por grupos que inicialmente respaldaron los golpes autoritarios, y la modificación de los cálculos de intereses dentro de las elites capitalistas y militares⁸⁴⁴. Por su parte, expertos como Linz y Stepan han sostenido que un proceso de transición permanece abierto mientras que 1) no se complete un acuerdo sobre los procedimientos para lograr un gobierno electo; 2) no tome el poder un gobierno salido de elecciones libres y universales; 3) esas nuevas autoridades no tengan, *de facto*, autoridad para generar nuevas políticas; y 4) los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no se vean obligados a compartir sus poderes⁸⁴⁵.

También ha habido intentos de abordar el examen del concepto de transición desde una perspectiva más restringida, fundamentada en un solo aspecto cuya relevancia ameritará que vuelva sobre él más adelante: El papel de las Fuerzas Armadas. Así, para autoras como Salomón –de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras–, el punto clave en la evaluación de un proceso de transición reside en el análisis de las relaciones entre civiles y militares en el país⁸⁴⁶; consideración que la misma presidenta de Chile, Michelle Bachelet (entonces Ministra de Defensa Nacional), concretaba sosteniendo en su intervención en la Primera Semana Iberoamericana Sobre Paz, Seguridad y Defensa que “*acaso una de las mejores maneras de medir la calidad de las nuevas democracias en este ámbito (es) observar el nivel y la evolución de las prerrogativas militares*”⁸⁴⁷. De este modo, se han identificado como elementos esenciales para valorar la culminación de un proceso de transición, o la consolidación del mismo, 1) la aceptación por parte de las Fuerzas Armadas del régimen democrático, o el sometimiento de las FFAA al poder civil – en otras palabras, lo que Agüero ha definido como “supremacía civil”⁸⁴⁸; 2) el concepto de Seguridad Nacional manejado y, por consiguiente, la misión constitucional

⁸⁴³ Cfr. SANTAMARÍA, J.: “Transición controlada y dificultad de consolidación: el ejemplo español”, en SANTAMARÍA, J. (compilador): *Transición a la democracia en el sur de Europa y América Latina*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982, págs. 372-373.

⁸⁴⁴ Cfr. KAUFMAN, R. R.: “Liberalización y democratización en América del Sur: perspectivas a partir de las década de 1970”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas* – 3, *op. cit.*

⁸⁴⁵ Cfr. LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996, págs. 3-5.

⁸⁴⁶ Cfr. SALOMÓN, L.: “Fuerzas armadas y democracia, los retos del futuro”, en *Revista Diálogo Centroamericano*, N°. 32, 1998.

⁸⁴⁷ Vid. BACHELET, M.: “Los estudios comparados y la relación civil-militar. Reflexiones tras una década de consolidación democrática en Chile”, en *Fuerzas Armadas y Sociedad*, año 17, núm. 4, 2002, pág. 30.

⁸⁴⁸ Cfr. AGÜERO, F.: *Militares, Civiles y democracia*, Alianza, Madrid, 1995, en especial pág. 47.

de las Fuerzas Armadas; y 3) la adaptación de las Fuerzas Armadas a las nuevas misiones impuestas⁸⁴⁹.

En este mismo orden de ideas, pero de forma aun más específica, otros expertos como Prudencio García han ofrecido un modelo analítico, “el Modelo Imperativo-Moral”, con un sobresaliente grado explicativo de las dificultades que surgen durante las transiciones a la democracia en las relaciones entre las Fuerzas Armadas y las nuevas autoridades, o la sociedad en su conjunto, como consecuencia de las actitudes y comportamientos producidos antes y durante los mismos procesos de transición. Desde los patrones que establece este autor, no sólo quedan iluminadas muchas cuestiones de las transiciones acaecidas, sino que se hace posible la previsión de algunos aspectos de su propio desarrollo, sobre la base de lo que él denomina como “principio de concordancia imperativo-moral”⁸⁵⁰.

En todo caso, y sin desviar la atención de lo que ahora ocupa a este apartado, el conjunto de caracterizaciones expuestas permiten reflexionar sobre dos problemas esenciales y muy complejos:

En primer lugar, la delimitación temporal de un proceso de transición, siendo difícil poder aseverar con precisión absoluta cuándo empieza y, sobre todo, cuándo termina el mismo. Si su inicio puede establecerse en el difuso momento en que los impulsos de “liberalización” se conjugan con contactos y negociaciones efectivas para lograr el cambio del régimen, de las dos primeras menciones recogidas podría extraerse que, por ejemplo, un proceso de transición de un régimen no democrático a uno democrático concluiría con la convocatoria y materialización de una elecciones libres y universales -abriéndose, a continuación, lo que ha venido a denominarse como proceso de consolidación del nuevo régimen⁸⁵¹-, siendo que las demás definiciones evocarían un recorrido más amplio en el que este hecho no tendría que ser considerado necesariamente como el final de la transición.

Como ya se apuntó, son estas últimas aproximaciones las que se ajustan mejor a los objetivos de este trabajo, resultando el período transicional a examinar el proceso que va desde las iniciales negociaciones, efectivas, tendentes a la consecución de un

⁸⁴⁹ Cfr. PÉREZ, A.: “Fuerzas Armadas y transición democrática en América Latina”, disponible en http://www.eliberoamericano.com/front_notas_detalle.php?id_noticia=249.

⁸⁵⁰ Sobre este modelo, véanse sus excelentes trabajos GARCÍA, P.: *El drama de la autonomía militar*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, y el más reciente, en el que se da un paso más en su completo desarrollo, *El genocidio de Guatemala a la luz de la Sociología Militar*, SEPHA, Madrid, 2005.

⁸⁵¹ Sobre el tema de la consolidación democrática, desde una perspectiva especialmente interesante para este trabajo, consúltase O'DONNELL, G.: “Ilusiones sobre la consolidación”, en *Nueva Sociedad*, núm. 144, 1996. Debe apuntarse, de igual modo, que la distinción entre la fase de transición y la de consolidación de la democracia ha llevado a algunos autores a realizar una diferenciación inicial entre el concepto de transición y el de transformación. En este sentido, Arnold argumenta: “Los conceptos de “transformación” y “transición” son utilizados en la literatura de las ciencias sociales con contenidos diversos y, ocasionalmente, incluso como sinónimos. “Transición”, sin embargo –y como lo indica su raíz latina (“paso”)– parece designar más bien el cambio puro de sistema como proceso, sin expresar nada acerca de la estabilidad y la consolidación. “Transformación” (del latín posterior, “transformare”=modificar), en cambio, funciona aparentemente como género para la modificación intencional de un sistema, y abarca como concepto continuo desde “modificaciones del sistema”, pasando por “cambio de sistema”, hasta “colapso del sistema””. Vid. ARNOLD, J.: “Cambio de sistema...”, *op. cit.*, pág. 28.

nuevo régimen (y en especial aquéllas en las que se aborda la cuestión del castigo de los responsables de crímenes de derecho internacional), hasta la actualidad; en el entendimiento de que en los países de estudio, las transiciones, en el último sentido apuntado, bien no han concluido, bien mantienen irresoluta la cuestión que aquí interesa⁸⁵². A este respecto, es pertinente recordar que en uno de los trabajos que es referente en este campo, Méndez, en clara polémica con Zalaquett, advierte que durante los primeros tiempos de las transiciones en Estados como El Salvador o Guatemala en realidad el problema se circunscribía no a los retos propios de un nuevo régimen, sino a resolver los crímenes cometidos en gran parte por los que aún se mantenían como actuales gobernantes; junto a ello, el ejemplo de Argentina le sirve a este autor para recordar que la persecución de los responsables pasados de crímenes de derecho internacional tiene una existencia autónoma más allá de los más o menos cortos términos de un “proceso de transición”. Finalmente, esgrime Méndez, restringir el análisis a una concepción estricta de las transiciones dejaría fuera del análisis muchas de las acciones tomadas en Colombia o Perú⁸⁵³ -reflexión que, a mi entender, es extensible, cuanto menos, a la situación de Honduras y Uruguay-.

En segundo lugar, completando esta primera conclusión y centrando el análisis en las transiciones relevantes para este estudio, la anterior caracterización deja patente otra cuestión fundamental como es la propia concepción de régimen que se maneje, pues la misma definirá el comienzo (y alcance) del proceso de transición que se escoja. Junto a ello, no convendrá olvidar que la naturaleza y particularidades de régimen que supone el punto de partida de la transición podrá determinar, en cierta medida, tanto el proceso de transición como las modalidades esperables en que éste concluirá⁸⁵⁴; al tiempo que tanto esta cuestión como el carácter del régimen en desarrollo, hará oportuna la reflexión sobre las limitaciones o posibilidades que sin perder de vista el enfoque de este trabajo, deberá o podrá atender el nuevo gobierno en torno al castigo de los responsables de los crímenes de derecho internacional pasados. Particular, obvia decirlo, fundamental a los efectos de este estudio.

Con todo, en lo que ahora ocupa, la importancia definitoria del concepto de régimen que se adopte es claramente advertida por autores como O'Donnell y Schmitter, aclarando que por régimen ha de entenderse el conjunto de pautas, explícitas o no, que determinan las formas y canales de acceso a los principales cargos de gobierno, las características de los actores admitidos y excluidos con respecto a ese acceso, y los recursos o estrategias que pueden emplear para ganarlo. Esta posición entrañará forzosamente la institucionalización de estas pautas, en tanto que para que ellas sean pertinentes para la definición del régimen deberán ser conocidas, practicadas y

⁸⁵² Véanse apartados siguientes.

⁸⁵³ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, apartado 3.

⁸⁵⁴ Además de los trabajos ya citados, sobre esta potencial influencia véanse la reflexiones del capítulo 4 de la obra de LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.* Desde una perspectiva más amplia, STEPAN, A.: “Caminos hacia la redemocratización: consideraciones teóricas y análisis comparativos”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas* – 3, *op. cit.*

aceptadas regularmente al menos por aquéllos a quienes esas mismas pautas definen como los participantes en el proceso⁸⁵⁵.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de esta definición lo cierto es que, generalmente, el término de transición es utilizado para referirse al proceso de cambio de, si se quiere, las pautas de un régimen dictatorial a uno democrático. Consecuentemente, así se ha apuntado y delimitado en este trabajo, siendo preciso subrayar ahora la dificultad y pluralidad de significados existentes en torno a ambos conceptos.

Conviene empezar recordando que desde la perspectiva de las Ciencias Políticas los especialistas han dedicado notables esfuerzos a concretar el contenido de lo que ha de ser valorado como un régimen democrático, y a continuación, han realizado distintas gradaciones sobre el mismo basadas en criterios no siempre coincidentes. Aunque resulta obvio que cualquier análisis riguroso de este concepto excedería, con mucho, de las posibilidades de este trabajo, ha de tenerse en cuenta que entre los dos polos que abarca un proceso de transición es posible identificar un *continuum* que va desde las clásicas construcciones teóricas de las dictaduras comisariales y soberanas⁸⁵⁶, las dictaduras simples, cesaristas y totalitarias⁸⁵⁷, o por utilizar la más moderna formulación de Linz, desde los regímenes totalitarios y autoritarios⁸⁵⁸ en sus diversas modalidades (regímenes burocráticos autoritarios en manos de militares, estatismo orgánico, regímenes autoritarios que fomentan la movilización en sociedades posdemocráticas y en sociedades posteriores a su independencia, regímenes políticos pretotalitarios y regímenes autoritarios posttotalitarios⁸⁵⁹, regímenes autoritarios patrimonialistas, sultanistas, populistas⁸⁶⁰, etc.)⁸⁶¹, hasta por citar un punto de llegada palpable, la llamada poliarquía en expresión de Dalh⁸⁶², o desde una perspectiva teórica, la inasible “democracia ideal” immortalizada en la célebre máxima de Sartori; pasando por un numeroso conjunto de subcategorías englobadas bajo el rótulo de “regímenes intermedios” (semi-democracias, cuasi democracias, pseudo-democracias, democraduras, dictablandas⁸⁶³, democracias formales/electorales, democracias populares, democracias tutelares, democracias limitadas⁸⁶⁴, democracias defectuosas,

⁸⁵⁵ Cfr. O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, *op. cit.*, pág. 18.

⁸⁵⁶ Cfr. SCHMITT, C.: *La dictadura*, Alianza, Madrid, 1985.

⁸⁵⁷ Cfr. NEUMANN, F.: *The democratic and the authoritarian state: essays in political and legal theory*, Free Press, Illinois, 1957, en especial capítulo 9.

⁸⁵⁸ Sobre la distinción entre regímenes totalitarios y autoritarios, puede consultarse el clásico trabajo de LINZ, J. J.: “Totalitarian and Authoritarian Regimes”, en GREENSTEIN, F. I. y POLSBY, N. W. (eds.): *Handbook of Political Science, Vol. III: Macropolitical Theory*, Addison-Wesley, Massachusetts, 1975.

⁸⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, págs. 285-350.

⁸⁶⁰ Cfr. O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina* – 2, *op. cit.*, págs. 16-18.

⁸⁶¹ Sobre estos conceptos, LINZ, J. J. y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, en especial págs. 38-54.

⁸⁶² Cfr. DALH, R.: *La poliarquía: participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁸⁶³ Cfr. COLOMER, J. M.: *Transiciones estratégicas...*, *op. cit.*, págs. 57-58.

⁸⁶⁴ Cfr. O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, *op. cit.*, págs. 23-24.

excluyentes, de dominio, i-liberales⁸⁶⁵, democracias delegativas⁸⁶⁶, democracias en conflicto⁸⁶⁷, “cleptocracias”⁸⁶⁸, etc.).

A pesar de la notable relevancia de esta “perspectiva evolutiva”, la misma riqueza conceptual apuntada hace evidente que su completa adopción en este trabajo tornaría en un ejercicio casi inmanejable, o cuanto menos, en un esfuerzo que iría más allá de los objetivos del presente estudio; por ello, resulta de utilidad señalar que la misma puede ser aprehendida, aun de forma muy resumida, en el siguiente esquema ofrecido por Merkel y Croissant⁸⁶⁹, cuyo sustento identificador se concreta en seis parámetros: la legitimación, acceso, pretensión, uso y monopolio del poder político, y la propia estructura del poder dominante:

	AUTOCRACIA		DEMOCRACIA	
	Régimen totalitario	Régimen autoritario	Democracia defectuosa	Democracia liberal
Legitimación del poder político	Ideología	Mentalidades	Soberanía del pueblo	Soberanía del pueblo
Acceso al poder político	Cerrado: en vez de sufragio general, aclamación plebisteria	Restringido: sufragio en algunas circunstancias, pero sin elecciones pluralistas, libres y justas o con ellas restringidas	Abiertas: sufragio universal	Abiertas: sufragio universal

⁸⁶⁵ Cfr. MERKEL, W. y CROISSANT, A.: “La democracia defectuosa como régimen político: Instituciones formales e informales”, en MÁIZ, R. (ed.): *Construcción de Europa, Democracia y Globalización* (vol. I), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, págs. 121-141.

⁸⁶⁶ Cfr. O'DONNELL, G.: “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 1, 1994.

⁸⁶⁷ Cfr. NÍ AOLÁIN, F. y CAMPBELL, C.: “The Paradox...”, *op. cit.*, en especial págs. 175-179.

⁸⁶⁸ Así se han denominado los regímenes que bajo formas pretendidamente democracias han mostrado unos niveles de corrupción sobresalientes. El mejor ejemplo, y que dio lugar al rótulo, fue el Haití pre y post gobierno de la familia Duvalier (1957-1986). Cfr. TOMASEVSKI, K.: *Responding to...*, *op. cit.*, pág. 136.

⁸⁶⁹ Cfr. MERKEL, W. y CROISSANT, A.: “La democracia...”, *op. cit.*, pág. 124; para una explicación detallada del mismo, véanse págs. 122 y ss.

Pretensión al poder político	Total	Exhaustiva	Limites definidos constitucionalmente, pero a veces violados	Limites definidos y garantizados constitucionalmente
Monopolio sobre el poder	Dictador/ Partido: no legitimados mediante elecciones y una constitución democrática	Dictador/ “Oligarquía”: parcialmente o no legitimados por elecciones	Autoridades legitimadas mediante elecciones y una constitución democrática. Sin embargo, pueden ser restringidas por poderes de veto	Autoridades legitimadas mediante elecciones y una constitución democrática
Estructura del poder	Monístico	Semi-pluralista	Pluralista	Pluralista
Uso del poder político	Arbitrario: sistemáticamente represivo; terrorista	Represión limitada	Imperio de la ley parcialmente restringido	Imperio de la ley

Desde este punto de partida general es necesario destacar un aspecto particularmente característico del ámbito geográfico de este trabajo, cuya relevancia obliga a que se convierta en pieza clave del análisis. Aunque resulta materialmente imposible realizar un examen detallado sobre los distintos regímenes existentes en los Estados iberoamericanos que se han visto inmersos en procesos de transición, conviene adelantar que de las particularidades de las (autodenominadas) democracias hispanoamericanas -algunas de las cuales se abordarán en los siguientes apartados- se derivan importantes consecuencias para el mismo concepto de transición. De este modo, la utilización de un examen poco exigente para determinar el carácter democrático de los regímenes en cuestión podría ocultar o confundir el análisis de una realidad en la que los valores, normas e, incluso, instituciones del gobierno autoritario se han mantenido intactos pese a la transformación formal de éste en un gobierno democrático. Es decir, podría llevar al error de considerar que se iniciado (o se ha dado) un cambio de régimen cuando tal sólo esta transición es meramente aparente.

Por tanto, una concepción rígida que solo atienda al cambio formal en las reglas de juego, a la modificación de algunos aspectos como la celebración de elecciones

o la conformación de un Parlamento, carecerá de herramientas de análisis para abordar muchas de las experiencias iberoamericanas en las que los gobiernos supuestamente democráticos han continuado desarrollando las mismas políticas, y perpetrando los mismos crímenes, que sus antecesores autoritarios. Situaciones, en definitiva, en que estos gobiernos se han mantenido controlados por los mismos sujetos, y se han comportado, en lo esencial, de igual modo que en el pasado pese a la apariencia de una nueva democracia. Aceptar lo contrario sería caer en lo que se ha venido a conocer como la “falacia electoralista”, esto es, considerar que un régimen es democrático por la mera celebración de elecciones aparentemente libres y universales.

Los retos de este tipo de situaciones obligan, en definitiva, a reconsiderar el modo de evaluación de los regímenes a examen; labor para la que sería necesario profundizar en la misma teoría de la democracia con vistas a valorar la verdadera naturaleza democrática de cada régimen, y en consecuencia, la virtualidad del proceso de transición; o cuanto menos, haría preciso adentrarse en un complejísimo ámbito como es el de la denominada como “calidad democrática” de un Estado. Y es que aunque parece generalmente admitida la pertinencia de atender a tres elementos básicos para medir la “calidad” de una democracia (procedimiento, contenido y resultados), a la hora de dotar de contenido a estos parámetros, como ha reconocido Hagopian, “... *no está claro qué constituye una democracia de alta calidad y, aunque digamos reconocer una cuando la vemos, no existe un consenso acerca de cómo definir la calidad de la democracia y cómo, una vez medida, puede funcionar este concepto*”⁸⁷⁰.

Volveré, parcialmente, a algunos aspectos de esta problemática más adelante, pero resulta obvio que abordar detalladamente estos particulares excede tanto de los objetivos como de las posibilidades de este estudio, con lo que en lo que ahora ocupa, la atención puede centrarse en lo que Merkel y Croissant denominan como “uso del poder político”; característica que en cierto modo se corresponde con un aspecto general que bien puede estimarse como criterio de base adecuado a los efectos de este trabajo: el respeto a los derechos humanos. Este juicio generalmente aceptado puede ajustarse un poco más formulándose en negativo, pudiéndose afirmar que la no comisión de crímenes de derecho internacional o masivas violaciones a los derechos humanos debe reputarse como fundamento mínimo y básico para identificar lo que debe entenderse como un régimen democrático. A este respecto, valga recordar que en el mismo ámbito iberoamericano, si la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa había destacado la obligación estatal de organizar la estructura del poder público para asegurar la efectividad de los derechos humanos, subrayando la estrecha vinculación existente entre éstos, la democracia, y el Estado de Derecho⁸⁷¹, fue en sus opiniones consultivas donde expuso su posición más completa explicitando que:

⁸⁷⁰ Vid. HAGOPIAN, F.: “Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia en Brasil y Chile”, en *Política y Gobierno*, vol. XII, núm. 1, 2005, pág. 42.

⁸⁷¹ Véanse, entre otros, *caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 34, párr. 92; *caso Suárez Rosero v. Perú*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 35, párr. 65; *caso Blake v. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 36, párr. 102; *caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*,

“En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”⁸⁷².

Por su parte, tampoco ha de olvidarse que el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana⁸⁷³ expresamente dispone:

“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes público.”

Así, junto a cambios de carácter político y/o institucional, las modificaciones respecto a la comisión de crímenes de derecho internacional y/o masivas violaciones a los derechos humanos podrán terminar por constituirse en una alerta adecuada acerca del comienzo de un auténtico proceso de transición; situación a la que por razones evidentes, convendrá añadir los intentos –o al menos algunas iniciativas o discusiones– para afrontar los crímenes cometidos en el pasado. De este modo, se logrará que estas tres cuestiones queden conformadas como elementos relevantes para la propia conceptualización de procesos de transición tan particulares como los iberoamericanos.

Ahora bien, cabría señalar que en realidad la delimitación realizada entre ambos extremos, entre ambos regímenes, configuraría lo que puede entenderse como un proceso de transición exitoso, esto es, aquél en el que se consigue pasar de un régimen totalitario o autoritario a uno democrático; siendo que el mismo proceso no ha de culminar de esta forma para que pueda definirse como una transición. A este respecto, Schmitter ha advertido que son cuatro los posibles resultados en los que puede desembocar la transición desde un régimen autoritario: El primero, la regresión a la autocracia; el segundo, la congelación de un régimen híbrido que no alcanza el mínimo de procedimientos democráticos, pero que no regresa al *statu quo* anterior; el tercero, la democracia no consolidada, entendida ésta como la situación en la cual los mínimos

sentencia del 8 de marzo de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 37, párr. 164; *caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 52, párr. 184; *caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) v. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 63, párr. 234; *caso Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 68, párr. 101; *caso Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 69, párr. 163; *caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 70, párr. 191; *caso del Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 71, párr. 90.

⁸⁷² Vid. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, N.º 8, párr. 26. Consúltese también, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, N.º 9, párr. 35.

⁸⁷³ Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre de 2001.

procedimientos democráticos son respetados, pero no se consolidan las reglas del juego; el cuarto y último, la democracia consolidada⁸⁷⁴.

Por su parte, Colomer, presenta el siguiente esquema en el que se muestran distintas alternativas a las que puede llegarse tras el comienzo de un proceso de transición⁸⁷⁵:



Esta propuesta analítica supone aceptar que una transición desde un régimen no democrático se fundamenta, siempre y cuando los gobernantes sean incapaces de mantener su dominación y la oposición no sea suficientemente fuerte para imponer su

⁸⁷⁴ Cfr. SCHMITTER, P. C.: "La Transición...", *op. cit.*, págs. 32-34.

⁸⁷⁵ Fuente: COLOMER, J. M.: *Transiciones estratégicas...*, *op. cit.*, pág. 55.

alternativa de régimen preferida, en una serie de negociaciones o pactos que pueden resultar, bien en una “guerra civil”, bien en un compromiso entre los distintos actores en torno a una fórmula intermedia entre la dictadura y la democracia, que en su caso, podrá terminar desembocando, ya en un régimen democrático, ya en un régimen semi-democrático bajo alguna de las modalidades reseñadas.

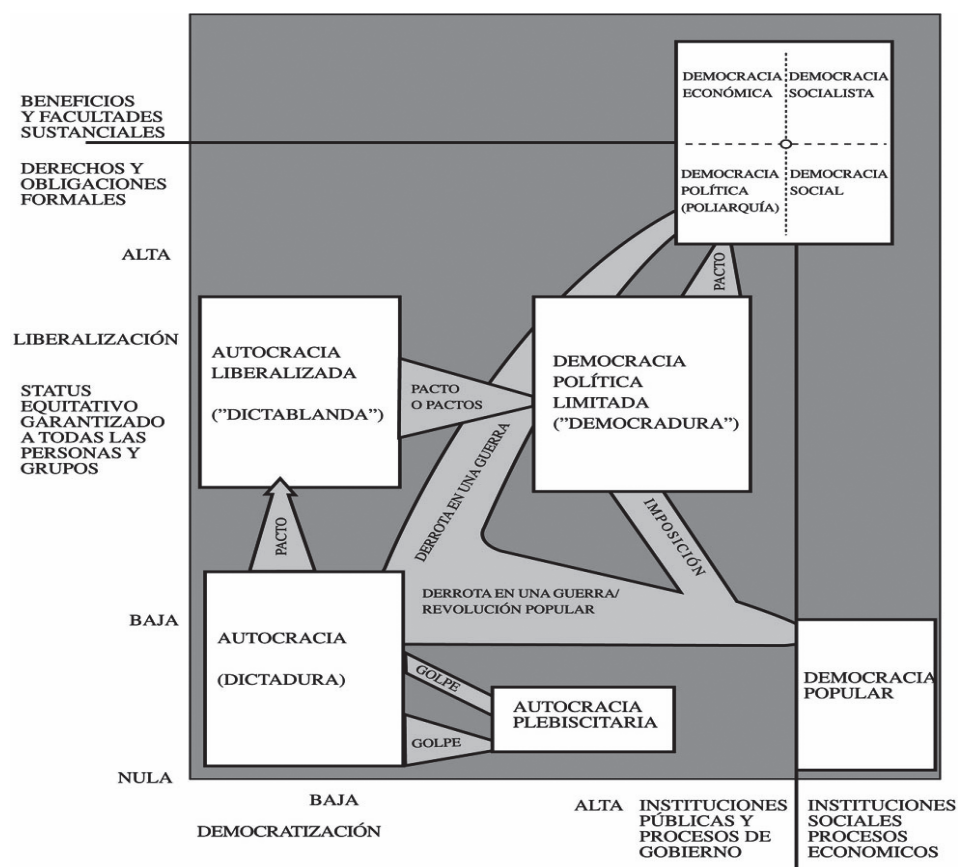
Este tipo de visiones introduce una cuestión adicional que enfrentaría a posiciones que inciden más en el pactismo frente a posicionamientos, quizá más clásicos, que afirmarían por ejemplo que las transiciones políticas han sido siempre transiciones frontales, violentas o pacíficas, en tanto que la ruptura, y no la reforma, en la forma y el contenido, constituyó el elemento definitivo indiscutible, y la radicalidad y la innovación eran sus principales legitimadores, no la transacción⁸⁷⁶. Pero al margen de esta potencial polémica, lo cierto es que a los efectos de este trabajo, lo importante es retener esta concepción de las transiciones que incluso desde una aproximación más finalista es igualmente mantenida por O'Donnell y Schmitter, al reconocer que las transiciones están delimitadas, de un lado, por el inicio del proceso de disolución del régimen autoritario, y del otro, por el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a algún tipo de régimen autoritario, o el surgimiento de una alternativa revolucionaria⁸⁷⁷.

No obstante, aun admitiendo lo anterior, estos autores centran su análisis principalmente en las diferentes transiciones, de algún modo, exitosas; tratando de estudiar en última instancia las razones o circunstancias que han hecho posible ese éxito con vistas a construir algún modelo teórico. De este modo, dirigen el examen de los períodos de transición a un proceso que pivota, a su vez, sobre dos subprocesos históricamente interrelaciones pero no sinónimos, el de liberalización y el de democratización: Si el primero vendría referido a la progresiva implantación efectiva de ciertos derechos que protegen a individuos y grupos sociales ante los actos arbitrarios cometidos o permitidos por el gobierno (como por ejemplo, el *habeas corpus*, el debido proceso, la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de asociación, el derecho de manifestación, la libertad de prensa, etc.), el segundo ha de entenderse como relativo a aquellos procesos en que las normas y procedimientos de la ciudadanía son, bien aplicados a instituciones políticas antes regidas por otros principios, bien ampliadas incluyendo a individuos que antes no gozaban de tales derechos. Sobre la base del distinto grado de implementación de estos dos indicadores, ambos autores construyen un esquema teórico del desarrollo de un proceso de transición, presentando, en definitiva, una aproximación normativa acerca del régimen político esperable a la finalización del mismo⁸⁷⁸:

⁸⁷⁶ Cfr. MORODO, R.: *La Transición...*, *op. cit.*, págs. 29 y 30.

⁸⁷⁷ Cfr. O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, *op. cit.*, pág. 19.

⁸⁷⁸ Junto a los dos subprocesos mencionados, O'Donnell y Schmitter identifican un tercero que denominan como de “socialización”, del que dependerá la final transformación de una democracia política en una democracia económica, social o socialista. Este tercer indicador se articula sobre la base de dos desarrollos independientes, aunque relacionados entre sí: convertir en ciudadanos al mayor número de



Todo lo expuesto permite identificar, de nuevo, al éxito (o fracaso) de los procesos de transición como patrón de análisis último e insoslayable; circunstancia que aconseja reiterar lo ya mencionado en el apartado anterior. Junto a ello, ha de apuntarse que la toma en consideración sólo de aquellos procesos de transición que se reputan como más o menos exitosos obligaría a estudiar el régimen político de cada uno de los Estados en cuestión; análisis, ha de repetirse, que excede tanto de las posibilidades materiales de este trabajo como de su más modesto objetivo.

Por todo lo indicado, resulta más adecuado y pertinente escoger una definición amplia del concepto de transición, en la que -al margen de los juicios sobre su grado de éxito- sean, junto a los cambios políticos/institucionales, la ausencia de masivas violaciones a los derechos humanos y de crímenes de derecho internacional los elementos clave para analizar el carácter del nuevo régimen en formación; siendo

población posible, y suministrar iguales beneficios a la población a partir de los bienes y servicios generados por la sociedad. Cfr. *Ibid.*, págs. 27-29 (el cuadro reproducido se encuentra en la página 30).

además el propio carácter inacabado, en el sentido referido, de las transiciones aquí examinadas hace oportuno no restringirse a un espectro temporal especialmente riguroso en lo relativo a su final.

2) *Notas características de los procesos de transición en Iberoamérica.*

Aunque en el siguiente Capítulo se examinarán en detalle algunos de los procesos de transición iberoamericanos más relevantes para este trabajo, lo visto en los apartados anteriores justifica la pertinencia de realizar en este momento algunas consideraciones más detalladas sobre las notas características generales de los mismos. De las diversas peculiaridades reseñables, son básicamente dos los aspectos que deben abordarse, al presentar potenciales implicaciones sobre el régimen jurídico internacional aplicable para sancionar a los responsables de crímenes pasados: 1) Algunas notas sobre la naturaleza de los regímenes nacidos a partir de los procesos de transición. 2) Los crímenes de derecho internacional cometidos por los regímenes anteriores.

2. a) *Los regímenes políticos iberoamericanos: El protagonismo de las Fuerzas Armadas en las transiciones y democracias de la región.*

Cinco son las realidades que suelen apuntarse como caracterizadoras de la situación previa a la mayoría de los procesos de transición iberoamericanos que aquí ocupan. A saber: 1) Los regímenes autoritarios de corte militar; 2) una crisis económica aguda; 3) la permanencia de un endémico debate sobre la necesidad de integración; 4) la “doctrina de la seguridad nacional” como elemento de garantía contra el comunismo; y 5) la dependencia de Estados Unidos de América⁸⁷⁹.

Desde este punto de partida propio, ha de recordarse que en perspectiva general han sido dos los caracteres fundamentales que se han identificado en todo proceso de transición: De un lado, que en su transcurso las reglas del juego político no están definidas, se encuentran en flujo permanente y son objeto de una ardua contienda; del otro, durante la transición, en la medida que existen reglas y procedimientos efectivos, éstos suelen estar en manos de los gobiernos autoritarios. Consecuencia de estas dos características es que las autoridades del régimen no democrático conservan un poder discrecional mayor o menor, según el caso y la etapa en que se halle la transición, sobre los ordenamientos jurídicos y los derechos que en

⁸⁷⁹ Sobre esta cuestión, PICO DE COAÑA, Y.: “La compleja construcción de la democracia en América Latina a la luz de los nuevos cambios”, en BALLETBÓ, A. (ed.): *La consolidación democrática...*, *op. cit.*

una democracia estable pueden ser confiablemente protegidos por la Constitución y por las distintas instituciones independientes⁸⁸⁰.

Como ya se ha advertido en el apartado anterior, estas dos pautas generales son claramente identificables en el ámbito iberoamericano, tanto en lo relativo al desarrollo del proceso de transición como, en grado variable, en el posterior funcionamiento del régimen formalmente democrático; realidad de la que se derivan consecuencias no menores para este estudio. No obstante, es el poder de los miembros del gobierno autoritario el hecho que presenta unos perfiles más específicos en el marco geográfico de este trabajo, lo que justificará que, profundizando en lo ya expuesto, este apartado se centre en ello.

En conexión con las características iniciales recogidas, conviene comenzar indicando que los regímenes militares iberoamericanos que aquí interesan siguieron un modelo que nació a mediados de los años sesenta en Brasil, en el que el objetivo de promover un desarrollo capitalista acelerado, dentro de patrones elaborados por economistas estadounidenses y en el contexto de la Guerra Fría, se presenta como una nota especialmente singular. De este modo, se implementaría como condición esencial un estricto control social, una división del país entre los que están con el régimen y los que no están con él; equiparando a estos últimos a subversivos o cómplices de la subversión, y en la larga lista de sospechosos quedarían inscritos, automáticamente, sindicalistas, activistas campesinos, intelectuales y estudiantes. En este escenario, los militares se convertirían en una suerte casta de poder⁸⁸¹.

Debe subrayarse que lo anterior es aplicable tanto una tendencia reactiva ante situaciones o movilizaciones sociales, políticas, estratégicas o económicas previas, como un proyecto de transformación y adecuación de toda la sociedad a los presupuestos de las mismas Fuerzas Armadas. La fuerte represión inicial puede identificarse como un elemento propio de la primera de estas dos facetas, dando paso a continuación a diversos esfuerzos de institucionalización y legitimación tanto del régimen como del propio papel que en él ha de jugar el estamento militar⁸⁸².

Resulta ilustrativo en este sentido, el “Acta fijando los propósitos y objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional”, emitido por la Junta Militar argentina el mismo día del golpe de Estado de 24 de marzo de 1976:

“La Junta Militar fija como propósito y objetivos básicos del proceso de reorganización nacional en desarrollo, los que se enuncian a continuación:

1.- Propósito. Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el

⁸⁸⁰ A este respecto, O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, op. cit., págs. 19 y 20.

⁸⁸¹ Cfr. SAMPER PIZANO, D.: “El fracaso internacional de la Seguridad Nacional”, en VV.AA.: *Documentos del III Foro de los Derechos Humanos*, Editorial Colombia Nueva, Bogotá, 1983, pág. 8.

⁸⁸² Este devenir bien podría ajustarse al paso de un régimen estrictamente militar, o en su caso totalitario, a un régimen autoritario. Sobre esta cuestión general, véase LINZ, J. J.: *Fascism, breakdown of democracy, authoritarian and totalitarian regimes: coincidences and distinctions*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 2002.

contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores...

2.- *Objetivos básicos.*

(...)

2.5- *Concreción de una situación socio-económica que asegure la capacidad de decisión nacional y la plena realización del hombre argentino; en donde el Estado mantenga el control sobre las áreas vitales que hacen a la seguridad y al desarrollo y brinde a la iniciativa y capitales privados, nacionales y extranjeros, las condiciones necesarias para una participación fluida en el proceso de explotación racional de los recursos...*

(...)

2.7- *Relación armónica entre el Estado, el capital y el trabajo, con fortalecido desenvolvimiento de la estructuras empresariales y sindicales, ajustadas a sus fines específicos.*

2.8- *Conformación de un sistema educativo acorde con las necesidades del país, que sirva efectivamente a los objetivos de la Nación y consolide los valores y aspiraciones culturales del ser argentino.*

2.9- *Ubicación internacional en el mundo occidental y cristiano, manteniendo la capacidad de autodeterminación, y asegurando el fortalecimiento de la presencia argentina en el concierto de las naciones*⁸⁸³.

Ahora bien, si el papel protagónico de los gobernantes autoritarios en los procesos de transición es generalmente predicable en toda transición (pactada o no violenta⁸⁸⁴), hasta el punto de que, ya se vio, es una de las claves recurrentes para valorar el mismo desarrollo de un proceso de transición, esta realidad ha adquirido en Iberoamérica una dimensión propia materializada en una enorme presencia, influencia y poder de las Fuerzas Armadas en toda la vida política; debiendo recordarse que como gráficamente han plasmado Krujit y Koonings, *“durante los últimos doscientos años la carrera militar ha constituido a menudo el camino más rápido y seguro para llegar a la jefatura máxima de la nación en países tan diversos como Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Paraguay y Perú*”⁸⁸⁵.

Esta situación, de múltiples causas y ramificaciones ampliamente advertidas y estudiadas⁸⁸⁶, que de forma sintetizada bien puede desglosarse, con ciertos matices, en

⁸⁸³ Vid. Acta fijando los propósitos y objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional, 24 de marzo de 1976, párrs. 1, 2.5, 2.7-2.9.

⁸⁸⁴ Además de las referencias ya realizadas sobre este particular, sobre esta cuestión puede consultarse, ejemplificando a través de múltiples experiencias, BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia...*, op. cit., págs. 41-44.

⁸⁸⁵ Vid. RUIJT, D. y KOONINGS, K.: “Fuerzas Armadas y política en América Latina: perspectivas futuras”, en *Iberoamérica. América Latina-España-Portugal*, Año II, núm. 8, 2002, págs. 7-8.

⁸⁸⁶ De entre los muchos trabajos sobre este tema, para una primera aproximación véanse AGÜERO, F.: *Militares, Civiles...*, op. cit.; BRENES, A. y CASAS, K. (eds.): *Soldados como empresarios. Los negocios de los militares en Centroamérica*, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano – Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, San José, 1998; DIAMINT, R.: “Civilians and the military in Latin American democracies”, en VIGNARD, K. (ed.): *Disarmament Forum. Human Security in Latin America*, United Nations, 2002, núm. 2, así como DIAMINT, R. (ed.): *Control civil y fuerzas armadas en las nuevas democracias de América latina*, Nuevohacer - Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 1999; FARCAU, B. W.: *The Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Military*, Praeger Publisher, Estados Unidos, 1996; GARCÍA, P.: *El drama de...*, op. cit., así como *El genocidio de Guatemala...*, op. cit.; GARCÍA COVARRUBIAS, J.: “La profesión militar ayer y mañana”, en *Red de Seguridad y Defensa de América Latina*, marzo, 2005; HAGOPIAN, M.: “After regime change. Authoritarian legacies, political representation, and the democratic future of South America”, en *World Politics*, vol. 45, 1993; KRUIJT, D. y KOONINGS, K.: “Fuerzas Armadas y...” op. cit.;

la clásica doble dimensión del cuestionamiento militar del poder civil y de la sobrevivencia de las prerrogativas militares⁸⁸⁷, o en una formulación más completa y perfeccionada, condensarse en el ya referido “Modelo Imperativo-Moral” de Prudencio García, puede ser ilustrada a través de un brillante párrafo escrito por Rosenberg. Esta autora, comparando las dictaduras, y democracias nacientes, de Iberoamérica y de la antigua Unión Soviética, explica en unas líneas especialmente inspiradas que: “*Los poderosos militares son más que una amenaza cotidiana a los civiles: han dado a entender a los gobiernos electos que la democracia existe porque a los militares les conviene*”⁸⁸⁸. *América Latina ha visto en este siglo dos oleadas anteriores de democratización, pero cada vez la dictadura ha regresado. En la mayoría de las naciones latinoamericanas, el golpe militar es una posibilidad constante. Los presidentes civiles enfrentan la amenaza del derrocamiento si tratan de reducir los presupuestos militares, investigar la corrupción militar o llevar a los militares a juicio por violaciones a los derechos humanos. La dictadura cae periódicamente y se convierte en democracia en la mayor parte de las naciones latinoamericanas. Pero se queda muerta*”⁸⁸⁹.

De este modo, a nadie habrá de sorprender declaraciones como las del expresidente hondureño Suazo Córdova, quien años después de su mandato (1982-1986) reconocería abiertamente que durante su gobierno “democrático” le resultó imposible ejercer ningún control sobre los miembros de las Fuerzas Armadas⁸⁹⁰.

LOVEMAN, B.: “Soberanía, Regímenes Militares, Derechos Humanos y Memoria Social en América Latina”, en *Persona y Sociedad*, vol. XIV, N°. 1, abril 2000; SALOMÓN, L.: “Fuerzas armadas...”, *op. cit.*; STEPAN, A.: *Repensando a...*, *op. cit.*; ROQUIÉ, A.: “La desmilitarización y la institucionalización de los sistemas políticos dominados por los militares en América Latina”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas -3*, *op. cit.*; SCHAMIS, H.: “Reconceptualizing Latin American Authoritarianism in the 1970’s: from bureaucratic authoritarianism to Neo-conservatism”, en *Comparative Politics*, vol. 23, 1991; VV.AA.: *Democracia y Fuerzas Armadas en Sudamérica*, CORDES, Quito, 1988; a partir de la experiencia centroamericana, SANAHUJA, J. M.: “Los militares: ¿De la centralidad a la periferia?”, en CARDENAL, A. S. y MARTÍ I PUIG, S. (compiladores): *América Central, las democracias inciertas*, Madrid, Tecnos, 1998. Resulta interesante consultar, de igual modo, una serie de trabajos en los que se establece una estrecha relación entre este hecho y la impunidad reinante en la mayoría de países iberoamericanos en SIEDER, R. (ed.): *Impunity in Latin...*, *op. cit.* Para más datos, véase capítulo siguiente.

⁸⁸⁷ Sobre este particular, STEPAN, A.: *Repensando a los militares en política, Cono Sur: un análisis comparado*, Planeta, Buenos Aires, 1988.

⁸⁸⁸ Entre los muchos casos citables, resulta en este punto Guatemala un ejemplo extremo. Valga como muestra no sólo la designación del mismo Ríos Montt como Presidente del Congreso de la República de Guatemala durante la administración de Portillo, sino la propia aceptación de su posterior candidatura a Presidente de la República por parte de la Corte de Constitucionalidad pese a la literal prohibición existente en la Carta Magna para aquéllos que hubieran asumido la jefatura del Estado mediante, entre otros, la alteración del orden constitucional. Como un interesante ejercicio de lectura de ciencia-ficción jurídica, no puedo dejar de recomendar la consulta el texto de esta Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 1089-2003, 14 de julio de 2003. Para más datos, véase capítulo siguiente.

⁸⁸⁹ *Id.* ROSENBERG, T.: “Tierras embrujadas”, *op. cit.*, pág. 15.

⁸⁹⁰ Pese a la rotundidad de estas confesiones, resulta conveniente valorarlas dentro de la atmósfera general que se vivía en aquel momento; esto es, una atmósfera de intento de eludir toda responsabilidad por los crímenes cometidos durante el decenio de 1980. Sobre este particular concreto, consúltese LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs. Peace in Times of Transition*, Frank Cass, Nueva York, 2004, pág. 128; para más datos, véase el apartado 2.a. 2) del capítulo siguiente.

En resumen, por rememorar el inmortal verso de Neruda, en Iberoamérica cuando la lluvia se llevó las tiranías, no pudo llevarse también las redes de poder oficiales, y oficiosas, de los antiguos tiranos.

Tal y como se extrae de todo lo anterior, el control de las autoridades no democráticas –y señaladamente del estamento militar- no sólo se circunscribe a los procesos de transición en sentido restringido, sino que extiende su sombra sobre los distintos gobiernos (ya) aparentemente democráticos. A este respecto, resulta relevante destacar que todavía en 2005 cerca del veinte por ciento de la población de Iberoamérica consideraba que las Fuerzas Armadas eran el estamento con más poder en sus países⁸⁹¹; resultando adecuado tener presentes –para terminar de esbozar este desalentador panorama general- una serie de características esenciales de las Fuerzas Armadas iberoamericanas, como fueron (y en parte son⁸⁹²): la tendencia a autoatribuirse la representación del conjunto de la nación; a equiparar a las Fuerzas Armadas con el monopolio de lo patriótico, así como el propósito de defender esos postulados, de defender esa Patria, aniquilando a todos “los enemigos” (internos o externos) de la misma; la desviación de las Fuerzas Armadas hacia laborales policiales; un fuerte corporativismo que en la mayoría de los casos significó (significa) el logro de una impunidad prácticamente absoluta; una concepción del “honor militar”, individual e institucional, totalmente deformada; y de forma específica, una aceptación e imposición de la obediencia debida que no dejaba ningún lugar a lo que se ha venido a conocer como “desobediencia legítima ante órdenes criminales”⁸⁹³.

En atención a lo referido no resultará extraño que el General Videla, en la 11ª Conferencia de Ejércitos Americanos, públicamente sostuviera que “*un terrorista no es sólo el portador de una bomba o una pistola, sino también el que difunde ideas contrarias a la civilización occidental y cristiana*”⁸⁹⁴; y en consecuencia inmediatamente advirtiera, con la mayor de las tranquilidades, que “*en la Argentina van a tener que morir todas las personas que sean necesarias para lograr la seguridad del país*”⁸⁹⁵.

Dentro de esta lógica, por citar otro ejemplo, se enmarcarían también la perorata del General Pinochet el día de su despedida como Comandante en Jefe del Ejército chileno: “*Chile se enorgullecía como nación de larga tradición democrática, señora en el continente y sus Fuerzas Armadas habían contribuido a su formación y defensa. Sin embargo, en el*

⁸⁹¹ Cfr. Latinobarómetro 2003-2005: n. 18.658, 19.605, 20.207.

⁸⁹² En este sentido, explica Diamint: “*although many in the military are not like to tanks into streets (...), a lot of them do not seem to understand that they are not the “protectors” of political decisions, that they do not define the welfare of the nation, and that they cannot act according to their interpretation of the rules of government.*” Vid. DIAMINT, R.: “*Civilians and ...*”, *op. cit.*, pág. 18.

⁸⁹³ Para más datos, véase GARCÍA, P.: *El drama de...*, *op. cit.*, págs. 39-46; así como el primer y cuarto capítulos de su más reciente trabajo *El genocidio de Guatemala...*, *op. cit.*

⁸⁹⁴ Citado en CARRERAS, J.: *Movimientos Revolucionarios Armados en la Argentina. De los Uturuncos y el FRIP a Montonero y el ERP*, Quipu editorial (disponible en <http://polarmad.galeon.com/>), capítulo 15, El golpe más sangriento de la historia, párr. 2. Esta definición fue también dada por el General Videla al ser preguntado por la desaparición de Claudia Inés Grumberg en una entrevista realizada en 1977.

⁸⁹⁵ Citado en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º. 16/2005, II. Hechos Probados, 2. El plan de ejército y la ideología del proceso de reconstrucción nacional.- declaraciones y arengas.- decretos y órdenes secretas, párr. 3.

*devenir de nuestra historia fue generándose un estado de conflicto público, cada vez más extendido, agudo e incontrolable. Conflicto que llegó a afectar a la subsistencia de la Patria misma, como nación libre y estado soberano. ¡Eran evidentes las posibilidades de autodestrucción de Chile! ¡Primaron entonces los “Deberes Patrióticos” por sobre toda otra consideración! Las Fuerzas Armadas, destinadas a asegurar y defender la integridad de la Patria, debieron en esas circunstancias extremas pronunciarse. El Ejército e Instituciones Hermanas asumieron la conducción del Estado y se abocaron a la restauración de la institucionalidad quebrantada y la reconstrucción política y económica del país. El estudio desapasionado de la realidad de la época hace concluir que o las Fuerzas Armadas tenían éxito en esta empresa extraordinaria, o la suerte del país volvía a etapas de aniquilamiento peor que las que existieron”*⁸⁹⁶.

Todo lo expuesto puede dirigirse a la conceptualización de los procesos de transición, completando a la postre lo ya referido; al tiempo que permite dar un paso más en la caracterización genérica de los regímenes hispanoamericanos desarrollados tras las distintas transiciones. Si en general Iberoamérica ha sido caracterizado como un subcontinente en el que predomina la democracia delegativa, tal y como a principios de la década de los noventa señalara O'Donnell⁸⁹⁷, atendiendo a las circunstancias mencionadas, bien podría argumentarse que son los gobiernos de/en “democracias defectuosas”, y específicamente de/en “democracias de dominios”, los subtipos que mejor se ajustan a los Estados objeto de este trabajo en lo que al mismo interesa –y siempre en perspectiva general-. De este modo, tal y como han señalado Merkel y Croissant, en las democracias basadas en el imperio de la ley, el ejercicio con autoridad del poder político reside exclusivamente en manos de representantes democráticamente elegidos en elecciones generales y justas. Si los “poderes de veto”, como los militares, las guerrillas, las milicias o las empresas multinacionales, arrebatan a los representantes democráticamente elegidos el control de ciertos dominios políticos, la democracia es “defectuosa”. Este subtipo, concluyen ambos autores, “*ejemplos del cual son el Chile contemporáneo (del momento de redacción del trabajo, año 2001), Tailandia o Paraguay, será concretamente denominado “democracia de dominio”*”⁸⁹⁸.

En definitiva, y reitero, siempre en perspectiva general, pese a los diversos procesos de transición iniciados, desarrollados, o habidos en el ámbito iberoamericano, las nuevas “democracias” emergentes, aunque en líneas generales no presentan graves riesgos de volver al pasado de las dictaduras militares -aunque sí notables peligros de regresión hacia el autoritarismo⁸⁹⁹-, en muchos casos están demasiado impregnadas de herencias institucionales, estructurales y éticas de su pasado no democrático; siendo

⁸⁹⁶ *Vid.* Discurso del General Pinochet al dejar la Comandancia en Jefe del Ejército, Santiago de Chile, 10 de marzo de 1998, párr. 13-19 (versión electrónica disponible en <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/1687/despedit.html>).

⁸⁹⁷ Véase el ya clásico trabajo de O'DONNELL, G.: “Delegative Democracy”, *op. cit.*

⁸⁹⁸ *Vid.* MERKEL, W. y CROISSANT, A.: “La democracia...”, *op. cit.*, pág. 126. En atención a otros aspectos, debe señalarse que las democracias iberoamericanas bien pueden ser igualmente definidas como “democracias excluyentes” o “democracias iliberales”. Para más datos, véase *ibid.*, págs. 125-129.

⁸⁹⁹ Desde un enfoque politológico, me permito referirme sobre este particular a mi modesto trabajo CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Democracia y autoritarismo en Iberoamérica: En busca de la década perdida (1995-2005)”, en *Revista América Latina Hoy*, (en prensa).

común la permanencia de enclaves autoritarios adquiridos, ya durante los regímenes militares, ya durante las negociaciones de los actores involucrados en las transiciones.

Ahora bien, al margen de las implicaciones de este estado de cosas desde perspectivas sociológicas o politológicas, del mismo se deriva una consecuencia de radical importancia: A la hora de sancionar los crímenes cometidos en el pasado, la ausencia de poder real de los nuevos gobiernos para hacer frente, ya a las propias Fuerzas Armadas, ya a otros poderes o grupos de presión que actúan en conexión con ellos, materializada en la amenaza y presión continuas a las recientes democracias – uno de cuyos máximos exponentes serían los conocidos como “golpes de Estado técnicos”–, resulta una característica esencial que puede, y debe, evaluarse desde una perspectiva jurídica, como se hará en el presente análisis. Advirtiéndose que cuánto mayor sea el porcentaje de crímenes atribuibles a las Fuerzas Armadas (y más aberrante su naturaleza), mayores serán las dificultades, amenazas, y presiones que se desplegarán.

A examinar esta última cuestión, dedicaré en consecuencia el siguiente apartado.

2. b) *Los crímenes de derecho internacional cometidos.*

De lo apuntado *supra* resulta evidente que son dos los aspectos generales a destacar en relación con los crímenes cometidos en los distintos Estados objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario tener presente una cuestión común a un notable número de países que han atravesado procesos de transición recientemente, como es la relativa a la entidad cuantitativa y cualitativa de las atrocidades perpetradas durante los gobiernos no democráticos. Junto a ello, conviene llamar la atención sobre algunas particularidades derivadas de la autoría de gran parte de los crímenes ejecutados.

Respecto a la primera cuestión, debe señalarse que aunque varios trabajos han afirmado, generalmente en comparación con lo ocurrido durante la época comunista en Europa Central y Oriental, que los crímenes de derecho internacional cometidos en el ámbito geográfico y temporal de este estudio presentan un “número manejable de víctimas y victimarios”⁹⁰⁰, muchos otros han sostenido que, ejemplificando en lo

⁹⁰⁰ Así, por ejemplo, señala Méndez que: “*Los problemas de la transición en Europa del Este y su propio legado de violaciones a los derechos humanos durante la era comunista son claramente diferenciables de los de América Latina. Las características más destacadas de la represión en Latinoamérica fueron las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones y la tortura a lo largo de un periodo relativamente corto, pero trágico, en la vida de cada país. Para todos estos actos, es relativamente sencillo destacar un número manejable de víctimas y, más importante aún, identificar a los ejecutores, instigadores y autores intelectuales.*” Vid. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, apartado 8. Por su parte, Rosenberg ha afirmado que mientras que la represión en Europa Central y Oriental fue extendida, en Iberoamérica fue profunda; argumentado que: “*La naturaleza del régimen también afectaba el grado de complicidad social. En América Latina, aunque grandes grupos apoyaron las ideologías en cuyo nombre se perpetraron el asesinato y la tortura, se pueden señalar unos pocos centenares de personas que realmente cometieron esos crímenes. Las dictaduras del bloque del Este por necesidad convertían a cada uno en cómplice.*” Vid. ROSENBERG, T.: “Tierras embrujadas”, *op. cit.*, pág. 13. A mi entender, diversos estudios han mostrado que, en realidad, esta última característica fue

acaecido en uno u otro Estado, por poner un caso, en países como Argentina, donde miles de personas fueron desaparecidas durante el gobierno de las Juntas Militares, exigir al gobierno que persiga a todos aquellos responsables de estos crímenes colocaría a las instancias judiciales en una “situación imposible”⁹⁰¹.

En realidad, más allá de las distintas opiniones personales, lo cierto es que las doscientas mil víctimas del conocido como “conflicto armado” en Guatemala⁹⁰² -la inmensa mayoría víctimas de una política genocida contra la comunidad maya-, las treinta y cinco mil víctimas en El Salvador sólo durante 1978-1981⁹⁰³, y según el común de las estimaciones, entre setenta y cinco y ochenta mil muertos y ocho mil desaparecidos -la mayoría no combatientes- durante el “enfrentamiento armado” de 1980 a 1991-1992, los más de tres mil ejecutados y/o desaparecidos⁹⁰⁴ y más de veintiocho mil víctimas de detención política y tortura⁹⁰⁵ en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, los casi setenta mil muertos o desaparecidos durante el denominado como “conflicto armado” de Perú (1980-2000)⁹⁰⁶ -de nuevo la mayoría campesinos no combatientes-, o los más de trescientos cincuenta mil torturados en Paraguay bajo el régimen de Stroessner (1954-1989)⁹⁰⁷, presentan un escenario en que la entidad cuantitativa de los crímenes de derecho internacional cometidos queda fuera de toda discusión; sin perjuicio de que en uno u otro lugar ésta

igualmente identificable en la mayoría de las dictaduras hispanoamericanas. Véase, por ejemplo, el excelente trabajo de NAVARRO, M.: *Reflexiones sobre la violencia, el miedo y la justicia*, Universidad Nacional de San Juan, San Juan-Argentina, 1997.

⁹⁰¹ Cfr. ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en KRITZ, N. (ed): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 403. Sobre el número de víctimas que se refieren en este trabajo, nueve mil, ha de tenerse en cuenta que el cálculo está basado sólo en los datos recogidos por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas; la estimación general alcanza las treinta mil víctimas durante el gobierno militar argentino. Para más datos, véase apartado 2.b. 1) del capítulo VIII. Sobre la alegada imposibilidad de enjuiciar a todos los responsables, véase apartado 2 del capítulo X.

⁹⁰² Cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Conclusiones y Recomendaciones*, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999, párr. 1.

⁹⁰³ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1981-1982”, OEA/Ser.L/V/II.57, doc. 6 rev.1, 20 de septiembre de 1982, Capítulo V, El Salvador, párr. 2.

⁹⁰⁴ Considerando los casos documentados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la cifra de víctimas durante la dictadura chilena ascendería a tres mil ciento noventa y cinco. Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y...*, *op. cit.*, Primera Parte, Capítulo I, y Tercera Parte, Capítulos I-III; CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN: *Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996, disponible en http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_informes_cnrr.html

⁹⁰⁵ Cfr. COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA: “Informe de 10 de noviembre de 2004” e “Informe Complementario de 1 de junio de 2005”, en <http://www.comision-tortura.cl/inicio/index.php>.

⁹⁰⁶ Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Lima, 2004, Capítulo 1.

⁹⁰⁷ Cfr. COMITÉ DE IGLESIAS PARAS AYUDAS DE EMERGENCIA: *Paraguay, Nunca Más*, 4 tomos, CIPAE, Asunción, 1990, Tomo I.

haya podido ser mayor o menor. No existiendo un cálculo similar sobre el número de perpetradores de estos crímenes (en las distintas formas de autoría y participación ya vistas), los datos expuestos, junto a la generalizada tendencia de los distintos gobiernos no democráticos de tratar de involucrar, directa o indirectamente, al mayor número posible de personas en sus “políticas”, permiten estimar que la cifra de responsables será igualmente muy elevada.

Para ilustrar esta última más que suposición, puede resultar un excelente ejemplo el caso de Guatemala, en el que tal y como relata el Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica: *“El Ejército desarrolló una estrategia de militarización del tejido social que llevó a la generalización del reclutamiento forzoso, la creación de las Patrullas de Autodefensa Civil –con un millón de miembros en 1984– y su actuación junto a los Comisionados Militares en las tareas de control de la población y lucha contra las guerrillas”*⁹⁰⁸.

En conclusión, si se traslada el conjunto de obligaciones explicitadas en la Parte I de este trabajo, podrá convenirse que las mismas habrán de dirigirse a un muy alto número de sujetos responsables.

Ahora bien, examinando lo que las cifras generales esconden, bien pudiera señalarse que quizá sea el término doctrinal de “macrocriminalidad” el que mejor se adecue a las situaciones que aquí ocupan; en el entendimiento de que en ellas se cometieron la destrucción de grupos étnicos enteros, deportaciones, asesinatos masivos, *apartheid* y otras formas de discriminación, destierros, desaparición de personas, secuestros, violaciones, ejecuciones extralegales, tortura y apremios ilegales en las prisiones, coacción, extorsión, amenaza, prisión y duración de la prisión arbitrarias, prevaricación, fraude electoral, lesión del secreto postal y de las comunicaciones, espionaje, criminalidad de los servicios secretos en el interior del país, abusos policiales, expropiaciones coactivas, criminalidad económica motivada políticamente, corrupción y cohecho, etcétera⁹⁰⁹.

En este sentido, ha de tenerse muy presente que junto a la importancia cuantitativa ya referida, cualitativamente algunas de las atrocidades cometidas han sido caracterizadas como violaciones al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra⁹¹⁰, e incluso, como genocidio⁹¹¹; si bien, a mi entender, son los

⁹⁰⁸ Vid. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA: *Guatemala, Nunca Más. Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica*, vol. I., Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Guatemala, 1998, pág. XXXIV.

⁹⁰⁹ Sobre este concepto y listado, ARNOLD, J.: “Cambio de sistema...”, *op. cit.*, págs. 31-32.

⁹¹⁰ Véase, por ejemplo, el caso de El Salvador en el apartado 8.2. a. 3); para la situación de Perú, consúltese COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Hatun Willakuy...*, *op. cit.*, en especial págs. 27-60.

⁹¹¹ Así, en el caso de Guatemala, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico concluyó que *“agentes del Estado de Guatemala, en el marco de las operaciones contrainsurgentes realizadas entre los años 1981 y 1983, ejecutaron actos de genocidio en contra de grupos del pueblo maya que residía en las cuatro regiones analizadas. Esta conclusión se basa en la evidencia de que, a la luz de lo dispuesto en el Artículo ii de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, hubo matanzas de miembros de los grupos mayas (Artículo ii, letra a), lesiones graves a su integridad física o mental (Artículo ii, letra b) y actos de sometimiento intencional de los grupos afectados a condiciones de existencia que acarrearán o pudieron haber acarreado su destrucción física total o parcial (Artículo ii, letra c). Se basa también en la*

crímenes contra la humanidad el tipo penal que mejor permite comprender y definir la inmensa mayoría de las situaciones que padecieron los Estados que aquí ocupan.

En este orden de ideas, está ampliamente demostrado que en estos países se desplegó una política estatal consistente en un ataque generalizado y sistemático contra amplios grupos de la población civil que, en esencia, compartían caracteres o afinidades políticas que las autoridades consideraban como peligrosas o “subversivas”⁹¹². De este modo, aunque los mismos asesinatos, torturas y desapariciones forzosas cometidas en este contexto pueden ser calificadas como crímenes contra la humanidad, bien puede afirmarse que las experiencias autoritarias previas a las últimas transiciones iberoamericanas convirtieron todo el subcontinente en un espacio en el que, endémicamente, se cometió el crimen de lesa humanidad de persecución⁹¹³.

Conviene hacer notar, no obstante, que han existido diversos esfuerzos que reflexionando en torno al concepto de “grupo perseguido”, han tratado de redirigir estos crímenes a la calificación de genocidio. Para ilustrar esta vía de análisis, resulta de utilidad escoger una serie de argumentaciones de la Audiencia Nacional española en las causas relativas a lo acaecido durante la dictadura argentina; razonamientos que, a mi entender, podrían ser perfectamente extensibles al resto de países hispanoamericanos:

“... una de las finalidades perseguidas por la Jerarquía Militar que propicia el Golpe de Estado, desde antes de dicho momento, y con el apoyo instigación y bendición de las jerarquías de la Iglesia Católica Argentina oficial, es la destrucción pura y simple a través de la violencia de todo lo que sea contrario a esa doctrina, y, en esas contradicciones basa la definición de lo subversivo - todo ello como un mal necesario para la "purificación de la nación argentina". En definitiva, se trata de una verdadera filosofía que mueve la acción delictiva; se trata de una "cruzada" contra todo aquel que comparta la ideología atea o no occidental o no cristiana. Ese elemento de no pertenencia a la ideología cristiana y occidental según los límites marcados a la ideología cristiana y occidental, según los límites marcados por las Jerarquías Militares y la Iglesia oficial argentina, es el que cohesiona verdaderamente a todos los que son víctimas de la represión, y, entre los que se va a incluir judíos, ateos, cristianos de base o no oficialistas, etc., y, es el que da sentido a la afirmación (...) de que el genocidio de un grupo religioso es la destrucción sistemática y organizada, total o parcial de un grupo por su ideología atea o no cristiana; es decir, para imponer una ideología religiosa cristiana determinada. No se trata por tanto, como expone el Ministerio Público y de hecho suscribe el Abogado recurrente, de que "el tirano argentino haga afirmación de sus creencias religiosas", pero no persiga por creencias religiosas sino que precisamente se trata de lo contrario. En efecto, la Jerarquía Militar, cuando comienza su acción, parte

*evidencia de que todos esos actos fueron perpetrados "con la intención de destruir total o parcialmente" a grupos identificados por su etnia común, en cuanto tales, con independencia de cuál haya sido la causa, motivo u objetivo final de los actos (Artículo ii, primer párrafo)” Vid. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: Guatemala, Memoria del Silencio, Conclusiones y..., op. cit., párr. 122. Aunque con mayores cautelas, esta calificación podría posiblemente extenderse también al caso de Perú, en el que, según los datos de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, el setenta y cinco por ciento de las víctimas registradas tenían el quechua u otras lenguas nativas como idioma materno; resultado, además, que la población que comparte esta característica constituye solamente el dieciséis por ciento del total de la población peruana. Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Hatun Willakuy...*, op. cit., pág. 434.*

⁹¹² Para una serie de ejemplos concretos, consúltese capítulo siguiente.

⁹¹³ Como ya vio en el capítulo II, la persecución por motivos políticos figuró como crimen contra la humanidad desde, al menos, los Estatutos de los TMI. Para su formulación más moderna, véase el ya recogido artículo 7.1. h.) del Estatuto de la CPI.

*precisamente de la necesidad de defender esas creencias religiosas cristianas y occidentales. Ello es lo que justifica su propio quebrantamiento; así se consiente al asesinato, la tortura, el secuestro, o robar, como elementos necesarios para conseguir el fin, que no es otro que la destrucción de todo o todos los que contradicen aquella ideología. Sólo partiendo de este planteamiento los represores se van a considerar justificados y en paz consigo mismos, porque están haciendo lo necesario para salvar los valores cristianos y occidentales de los que la "Nación Argentina" se considera portadores'*⁹¹⁴.

En Autos posteriores, la Audiencia barajó igualmente otras alternativas; así, a tenor del Auto de 25 de mayo de 1998:

"... la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo trasgresor, es decir, los supuestos de "autogenocidio", como el caso de los asesinatos masivos de Kampuchea.

(...)

*El denominador común de los miles de personas desaparecidas por la represión, entre los que hay que contar aquellas personas que procedían de otros países y que formaban grupos o familias nacionales -- españoles, italianos, uruguayos, franceses, chilenos, etc.--, era su pertenencia a un mismo grupo nacional: la Argentina. Todos integraban ese grupo nacional; todos eran argentinos; y a todos se les elimina en función de su prescindibilidad --decidida por los represores-- para "la nueva nación argentina"*⁹¹⁵.

Por su parte, en el Auto del Pleno la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 se sostuvo:

*"El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen borrando de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio -sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito- no permitiría exclusiones como las apuntadas. Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, especialmente muchos españoles. Todas las víctimas, reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar"*⁹¹⁶.

⁹¹⁴ Vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España de 11 de mayo de 1998, Razonamiento Jurídico Cuarto. En la doctrina, véase OLLÉ SESE, M.: "Aspectos relevantes...", *op. cit.*, en especial págs. 93-94.

⁹¹⁵ Vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España de 25 de mayo de 1998, Fundamentos Jurídicos Cuarto y Sexto.

⁹¹⁶ Vid. Auto del Pleno de la Sala de Penal de la Audiencia Nacional de España de 4 de noviembre de 1998, Fundamentos de Derecho Quinto. En la doctrina, véase CRESPO BARQUERO, P.: "La Justicia y los "desaparecidos" de las dictaduras chilenas y argentina", en DELGADO, I. (coordinadora): *Impunidad y de*

Abordar esta polémica cuestión en detalle requeriría con toda probabilidad de otra monografía distinta a la presente⁹¹⁷, mas puede advertirse que esta serie de interpretaciones amplias o extensivas del elemento objetivo del crimen de genocidio han sido frontalmente rebatidas por parte la doctrina⁹¹⁸; siendo, no obstante, parcialmente atendidas por la misma Audiencia en la reciente sentencia en la causa contra Scilingo⁹¹⁹.

Dejando al margen el particular específico -en el que muy posiblemente subyacen motivaciones, bien de índole procesal, bien sustentadas en deficiencias legislativas internas-, resulta fuera de toda discusión que la consideración de los crímenes contra la humanidad -y en concreto del crimen de persecución- se ajusta ejemplarmente a las políticas de represión desplegadas por los distintos gobiernos no democráticos que aquí interesan; resultando, además, que tanto la evolución histórica ya reseñada, como todo lo mencionado en los Capítulos III y IV, convierten esta calificación en plenamente efectiva.

Todo lo expuesto puede ser evaluado, de igual modo, desde otra perspectiva; y así que la entidad cuantitativa y cualitativa referida, así como las consideraciones realizadas en el apartado 1. a) de este Capítulo, justificaron, o al menos explicaron en cierta medida, la progresiva entrada de la región en la agenda de los organismos especializados en derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la ONU⁹²⁰. Aspecto no menor a los efectos de este trabajo.

En cualquier caso, esta serie de datos ponen sobre la mesa un conjunto de problemas que, en mi opinión, son centrales dentro de lo que ya se definió como Justicia Transicional; siendo, esencialmente, las cuestiones a enfrentar para este trabajo, de un lado, cómo hacer posible la sanción de los responsables de crímenes pasados cuando éstos son cientos o miles de personas, y del otro, cómo hacer viable, en su caso, la reparación justa y adecuada de un elevadísimo número de víctimas. Esta problemática, dejando al margen otras importantes implicaciones tal y como ya se ha justificado, presenta perfiles propios desde una perspectiva jurídica, resultando lo

derecho a la memoria, Ed. Sequitur, Madrid, 2000; OLLÉ SESÉ, M.: “Aspectos relevantes...”, *op. cit.*, y TAVARES, J.: “El crimen de genocidio”, en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, *op. cit.*

⁹¹⁷ Para una primera visión sobre esta temática, puede consultarse GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: “El exterminio de...”, *op. cit.*

⁹¹⁸ Posiblemente una de las críticas más abiertas, y que comparto en sus lineamientos generales, se encuentre en GIL GIL, A.: *El genocidio...*, *op. cit.*, págs. 145-168.

⁹¹⁹ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º. 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable, párr. 3.1) y ss.

⁹²⁰ El citado trabajo de Tomasevski recoge los diecinueve casos que, desde 1974, fueron objeto de atención por parte del sistema de Naciones Unidas. Cfr. TOMASEVSKI, K.: *Responding to...*, *op. cit.*, págs. 123-124. Resulta interesante, aunque no directamente relacionado con el objeto de este trabajo, consultar las siguientes páginas de este libro en las que se estudia la relación entre condenas por violación a los derechos humanos y ayuda económica prestada a esos Estados, al tiempo que se profundiza en el porqué de la ausencia o presencia de estas condenas en países como Nicaragua, Argentina, Haití, El Salvador, Guatemala o Suriname. Las conclusiones, aunque esperables, no dejan de ser por ello menos descorazonadoras.

mencionado para el caso del genocidio rwandés paradigma de los mismos. Por ello, habrán de tenerse en cuenta a la hora de conformar, dentro del derecho internacional, un sistema satisfactorio para enfrentar este tipo de situaciones.

Ahora bien, si estas consideraciones podrían evaluarse como comunes a un gran número de procesos de transición, en el caso iberoamericano adquieren una nota característica derivada de la autoría de los crímenes cometidos. A este respecto, hay que comenzar recordando que de los datos documentados se extrae, por poner algunos ejemplos, que en el caso de Guatemala el noventa y tres por ciento de los crímenes perpetrados puede ser atribuido al Estado⁹²¹, casi el ochenta y cinco por ciento en el caso de El Salvador⁹²², y en Honduras⁹²³, Chile⁹²⁴ y Argentina⁹²⁵ la inmensa mayoría de los crímenes cometidos son atribuibles al Estado.

De este modo, aunque con excepciones parciales como el caso de Perú⁹²⁶, la abrumadora participación, tolerancia, inatención, aquiescencia e incluso incentivación del Estado en estos crímenes transformaría el concepto anterior de “macrocriminalidad” en algo más similar a “macrocriminalidad estatal”; entendida ésta como criminalidad fortalecida por el Estado, caracterizada por ser una criminalidad hacia dentro, contra sus propios ciudadanos, y generalmente, relacionada con sistemas no democráticos. Al mismo tiempo, esta realidad justifica completamente la pertinencia de acudir al régimen jurídico establecido en el derecho internacional penal y en el DIDH, ya que la inmensa mayoría de los crímenes de derecho internacional cometidos en los períodos objeto de este estudio podrán, consecuentemente, ser calificados igualmente como violaciones a los derechos humanos. Finalmente, de estos datos puede también extraerse la pertinencia de atender prioritariamente a la sanción de estos crímenes cuando los responsables actúan en la esfera estatal, teniendo además en cuenta

⁹²¹ Cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio*, vol. V., Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999, pág. 62.

⁹²² Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de los Doce Años en El Salvador: Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, Editorial Universitaria, San Salvador, 1993, IV.- Casos y Patrones de Violencia, A. Resumen General de Casos y Patrones de Violencia. Esta cifra llegaría hasta prácticamente el noventa y cinco por ciento según el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Véase su informe “Buscando entre las cenizas”, en *Revista Estudios Centroamericanos*, noviembre-diciembre de 1997.

⁹²³ Cfr. COMISIONADO NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: *Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras 1980 – 1993: Los Hechos Hablan Por Sí mismos*, Guaymuras, Tegucigalpa, 1994. Consúltense, igualmente, *caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 147-148; *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párr. 153.

⁹²⁴ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y...*, *op. cit.*, Primera Parte, Capítulo I, y Tercera Parte, Capítulos I-III.

⁹²⁵ Cfr. COMISIÓN NACIONAL SOBRE DESAPARICIÓN DE PERSONAS: *Nunca más*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, págs. 479-482.

⁹²⁶ Según los datos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la mayoría de los crímenes cometidos durante el conflicto armado peruano no serían atribuibles al Estado de Perú. Así, aproximadamente del cincuenta y cuatro por ciento de las víctimas del conflicto resulta responsable Sendero Luminoso y del uno y medio por ciento a Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Hatun Willakuy...*, *op. cit.*, págs. 435-445.

que muchas de las medidas diseñadas en los distintos procesos de transición abarcan tanto a éstos como a los miembros de la “insurgencia”, la guerrilla o los “subversivos”.

Sobre este particular, y a la luz de lo expuesto en el apartado anterior, conviene también advertir que aun dentro de estos parámetros, mientras que en los casos en que han sido miembros de la policía los implicados ha resultado más posible la sanción de los responsables, la influencia y poder de las Fuerzas Armadas ha transformado en prácticamente inviable la misma actuación cuando los sospechosos eran militares.

Todo lo expuesto permite completar las particularidades relevantes para este estudio, pues siendo todo lo anterior cierto, el hecho de que altos mandos de las Fuerzas Armadas sean los responsables últimos de la mayoría de crímenes de derecho internacional cometidos, junto al papel preponderante de éstos en la vida política de los distintos Estados iberoamericanos, ha perpetuado un sistema en el que la impunidad por estos crímenes se ha convertido en una norma de casi imposible erradicación; junto a ello, esta ausencia de castigo no ha hecho (y hace) más que mantener un sistema en el que el éxito de la nuevas democracias se plantea como un objetivo de muy compleja realización. De este modo, mientras que la sanción de los responsables de crímenes pasados continúe abierta puede sostener que, en buena medida, el propio carácter de los “nuevos” regímenes hispanoamericanos permanecerá inalterado; siendo esperables por tanto similares limitaciones, debilidades y presiones a las citadas.

Este esquema puede verse alterado, en cierto modo, por el lento paso del tiempo y el natural relevo de estos altos mandos, o bien ser propiciado por medidas administrativas que aceleren este relevo⁹²⁷; mas, en cualquier caso, hasta que ese proceso llegue a su fin, toda medida de intento de sancionar los crímenes pasados habrá de ser evaluada sin desatender el estado de cosas derivado de esta situación.

⁹²⁷ Sobre esta cuestión general, resulta oportuno recordar que entre “las garantías de no repetición de las violaciones” contenidas en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, se recoge tanto la necesidad del “*control civil de las fuerzas militares y de seguridad y de los servicios de inteligencia y el desmantelamiento de las fuerzas armadas paraestatales*”, como la exigencia de que “*los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación. Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias*”. Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, principios 35 c) y 36 a). Este tipo de medidas no son, en realidad, objeto de este trabajo, si bien debe señalarse al menos que las mismas han sido recomendadas por muchas de las instituciones implicadas en los procesos de transición iberoamericanos objetos de este trabajo. Para más datos, véase capítulo siguiente. De otro lado, aunque referidas al ámbito de la conocida como lustración en Europa Oriental y Central, resulta de interés consultar las recomendaciones, extensibles en mi opinión a todo tipo de purgas, sobre este tipo de políticas contenidas en COMITÉ HELSINKI EN POLONIA y FUNDACIÓN HELSINKI PRO DERECHOS HUMANOS: “Líneas para procedimientos de lustración”, en VV.AA.: *Ensayos...*, *op. cit.*; RZEPLINSKI, A.: “A Lesser Evil?”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I; y muy especialmente, SCHWARTZ, H.: “Lustration in Eastern Europe”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I.

3) La Aplicación del derecho internacional a los procesos de transición.

3. a) Régimen general.

De entre las muchas complejas cuestiones examinadas en este trabajo, el régimen general de aplicación del derecho internacional a la transiciones plantea, posiblemente, las menores dificultades. En referencia a la noción principal de proceso de transición escogida, resulta sencillo observar la plena aplicabilidad del principio de continuidad del Estado; principio según el cual, el Estado, a los efectos del derecho internacional, continúa siendo el mismo cualesquiera que sean los cambios, constitucionales o revolucionarios⁹²⁸, ocurridos en la organización interna del país. Así, las alteraciones que puedan acaecer en la organización política de un Estado no afectan a la condición internacional de éste, quedando por tanto inalteradas sus obligaciones internacionales frente a terceros. Todo ello, resulta obvio, por exigencia del principio de la seguridad jurídica internacional⁹²⁹, al igual que como consecuencia de la propia formulación de los conocidos como principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional, entre los cuales se incluye el derecho de todo Estado a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural⁹³⁰.

En el ámbito de este estudio esta circunstancia ya fue puesta de manifiesto en la primera sentencia de la Corte IDH, al recordar que:

*“Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron”*⁹³¹.

⁹²⁸ Cuestión distinta es lo relativo al “reconocimiento” de los nuevos gobiernos nacidos de estos procesos; particular, en todo caso, ajeno al ámbito estricto de este trabajo.

⁹²⁹ Con su habitual elocuencia, Remiro Brotons completa esta justificación explicando que *“aunque no han faltado los predicadores revolucionarios que colman su éxito pretendiendo que el derrocamiento del ancien regime supone el nacimiento de un nuevo Estado sobre el solar y la población del viejo, esta concepción de la discontinuidad suele encontrar pocas simpatías entre sus acreedores, más atentos a sus créditos que a los escrúpulos ideológicos.”* Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 48.

⁹³⁰ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, Resolución 2625 (XXV), Documento de las Naciones Unidas: A/8082, 4 de octubre de 1970, El Principio de Igualdad Soberana de los Estados, punto e).

⁹³¹ Vid. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 184.

De este modo, si bien el cambio en la disposición del nuevo gobierno puede suponer diferencias en cuanto al reconocimiento de responsabilidades pasadas, en ningún caso podrá soslayar éstas.

En definitiva, si no concurre ninguna otra circunstancia, la normativa internacional aplicable a un Estado durante el régimen no democrático será idéntica a la exigible tanto en el transcurso de la transición como, en su caso, una vez consolidado el nuevo régimen democrático. Dicho de otro modo, que un Estado se encuentre inmerso en un proceso de transición no alterará *per se* en nada el conjunto de obligaciones internacionales a las que ha de hacer frente.

Lo dicho tan sólo requiere una pequeña matización, pues si se atiende a los procesos de transición doble, habrá que notar que, tal y como se apuntó en el apartado 1. b) de este Capítulo, en el momento en que se dé por terminado el conflicto armado el sector del ordenamiento jurídico que regula este tipo de situaciones dejará, en líneas generales, de tener vigencia⁹³², si bien, a los efectos de este trabajo, ninguna otra alteración jurídica resulta identificable.

3. b) Modulaciones del régimen general en atención a las peculiaridades de las transiciones iberoamericanas.

Aunque se ha alegado que toda sociedad se encuentra siempre inmersa en algún proceso de transición, y que por ello resulta impropio realizar una distinción rotunda entre la Justicia Transicional y la *regular/ordinary justice*⁹³³, lo cierto es que los períodos de transición aquí estudiados condensan una serie de especialidades tales que obligan a reconsiderar la aplicación inmoderada del régimen jurídico general reseñado. Lo contrario, sin duda, facilitaría notablemente el objetivo de este trabajo, pues bastaría en este momento con trasladar el conjunto de obligaciones internacionales estudiadas en su Parte I para resolver la cuestión planteada en su título. De este modo, podría concluirse sosteniendo que desde el momento en que las distintas previsiones referidas devengan obligatorias para el Estado considerado, éste tendrá la obligación indubitada tanto de perseguir a todos los responsables —en todas y cada una de las modalidades de autoría y participación consignadas— de la comisión de los crímenes de derecho internacional pasados perpetrados en su territorio, como, en su caso y en consecuencia, de otorgar una reparación a las víctimas de los mismos. La actuación de los órganos jurisdiccionales de otros Estados, bien pudiera influir, en un sentido u otro, sobre el desarrollo de este deber estatal, mas, en todo caso, resultará evidente que su incumplimiento comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

⁹³² Véase, no obstante, lo mencionado en el apartado 2.a. 2) del capítulo IX en relación con las disposiciones del DIH.

⁹³³ Cfr., discutiendo algunas posiciones de Teitel, GROSS, A. M.: “The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, 2004, en especial págs. 50-52.

Junto a ello, cuando los crímenes realizados pudieran calificarse como violaciones a los derechos humanos, el Estado tendría igualmente el deber de investigarlos, juzgar y sancionar a los sujetos responsables, así como de reparar a las víctimas de los mismos; obligación que generaría, de igual suerte, la responsabilidad internacional del Estado de no llevarse a la práctica, y todo ello con independencia de que en este ámbito sea, cuanto menos, poco probable la invocación de la misma en el plano interestatal⁹³⁴.

De optar por esta respuesta y llevar el esquema expuesto a la realidad de las situaciones que aquí interesan, habría de afirmar la existencia de la obligación total y absoluta tanto de sancionar a un gran número de responsables de la comisión de crímenes pasados, como, en su caso, de reparar a miles de víctimas; obligación referida, en líneas generales, a un conjunto de países⁹³⁵ que considerando los ejemplos y momentos más extremos, durante los regímenes no democráticos estaban probablemente próximos a una perversa manifestación de lo que se ha venido a denominar como Estados fallidos o Estados en quiebra —en los que lo único que realmente funcionaba eran las Fuerzas Armadas y de Seguridad⁹³⁶—, y que todos ellos, al momento de enfrentar sus procesos de transición, contaban con inestables economías y muy limitados recursos económicos⁹³⁷, escasa capacitación y reducidos medios policiales⁹³⁸ y judiciales⁹³⁹. Al mismo tiempo, no cabría más que concluir que estos

⁹³⁴ Sobre esta realidad, MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y derecho internacional”, en VV.AA.: *Hacia un nuevo...*, *op. cit.*, en especial págs. 474-475. Conviene tener también presentes algunas reflexiones de CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 4-5.

⁹³⁵ Cabría en este punto hacer alguna matización atendiendo a cada uno de los países, pues resultaría erróneo asimilar automáticamente la situación de Estados como Honduras, Guatemala o Nicaragua, a la de Chile, Brasil, Argentina o Uruguay. Tanto en lo relativo a los indicadores de estabilidad y cultura democrática, como respecto a la concepción existente sobre el Estado de Derecho, niveles de formación y capacitación, desarrollo, o recursos económicos, las diferencias son evidentes. En todo caso, pese a esta heterogeneidad interna las evidencias sugieren un alto porcentaje de rasgos comunes que, a la postre, determinaron, en mayor o menor medida, el desarrollo de los procesos de transición en lo que aquí interesa. Para más datos, véase capítulo VIII.

⁹³⁶ Merece la pena destacar que, aun en una formulación general no totalmente asimilable a las experiencias que aquí ocupan, Pastor Palomar ha sostenido que “los mecanismos más eficaces para sancionar y prevenir violaciones del Derecho internacional en la mayoría de las situaciones propias de los Estados fallidos, no son los que determinan la responsabilidad estatal sino los creados para exigir la responsabilidad penal de los individuos que han criminalizado al Estado.” *Vid.* PASTOR PALOMAR, A.: “Soberanías fallidas y virtuales en el comienzo del nuevo milenio: Afganistán, Irak, R.D. del Congo, Sudán...”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas...*, *op. cit.*, pág. 355.

⁹³⁷ Pueden consultarse, sobre este particular, la serie de informes de la Comisión Económica para América Latina, en su denominación de 1948, o Comisión Económica para América Latina y el Caribe, a partir de 1984, de la ONU. Los más recientes pueden encontrarse, en versión electrónica, en <http://www.eclac.cl>.

⁹³⁸ Sobre esta cuestión, resulta interesante LINDHOLT, L., DE MESQUITA NETO, P., TITUS, D. Y ALEMIKA, E. E.: *Human Rights and the Police in Transitional Countries*, Kluwer Law International, Holanda, 2003; en especial véanse los trabajos de FRÜLING EHRLICH, H.: “Police and Society in Transitional Countries: The Case of Latin America”; DE MESQUITA NETO, P.: “Paths Toward Democratic Policing in Latin America”; y NEILD, R.: “Lessons of Police Reform from Central America and Haiti”.

⁹³⁹ En este sentido, por citar un ejemplo, la Comisión de la Verdad de El Salvador reconocía en su informe que: “Un elemento que se destaca dolorosamente en esa realidad, es la notoria deficiencia del sistema judicial, lo mismo para la investigación del delito que para la aplicación de la ley, en especial cuando se trata de delitos cometidos con el apoyo directo o indirecto del aparato estatal. Tan pronunciado es ese hecho, que el Gobierno y el FMLN acordaron la creación de un instrumento como la Comisión de la Verdad para alcanzar metas que, normalmente, deberían estar a cargo de los organismos

Estados deben actuar de tal modo con independencia de las carencias, peligros, y en definitiva, particularidades de sus regímenes políticos ya explicadas; defendiendo, por tanto, la insoslayable necesidad de ese comportamiento aunque éste les llevara a lo que se ha calificado como un suicidio político⁹⁴⁰, esto es, al final del mismo régimen democrático naciente.

Al margen de otro tipo de consideraciones, una solución de este cariz sin mayor explicación podría dejar a las previsiones del derecho internacional entre lo imposible, lo inviable, o incluso lo odioso, pues resultaría cuanto menos poco estimulante para los dirigentes de las nuevas democracias acomodar su accionar a un conjunto de obligaciones que, si bien evidentemente aceptadas, podrían conducir al colapso o al fracaso del propio sistema que se pretende instaurar o reinstaurar.

Ahora bien, este estado de cosas puede ser afrontado desde una perspectiva no totalmente coincidente con el ánimo de este trabajo; y así, por ejemplo, autores como Crocker, advirtiendo la circunstancia expuesta, enfocan la cuestión sosteniendo que en este ámbito hay evitar lo que él denomina como *"fallacy of misplaced concretense"*, esto es, desconectar lo propio de la Justicia Transicional del contexto en que ésta opera, deslizando a continuación que como la Justicia Transicional está unida a la importancia de proteger, legitimar y fortalecer la transición a un régimen democrático, hay una serie de cosas que una frágil democracia no debería hacer si ello pone en peligro su propia existencia⁹⁴¹.

En realidad, tal y como se justificó, lo que se pretende en este trabajo no es desatender estas circunstancias, sino redirigirlas a un análisis estrictamente jurídico. Obviar todas las limitaciones o peligros mencionados transformaría esta investigación en un ejercicio completamente fútil, pero tan sólo afirmar, sin más razonamiento jurídico, que los problemas reseñados, o la democratización, la consecución de la paz, el éxito de la transición o la consolidación democrática pueden transformar la comisión de hechos internacionalmente ilícitos no sólo en algo útil sino positivamente valorable, resultaría, cuanto menos, tanto como sostener la total insignificancia del derecho internacional en estos casos.

competentes para poner en marcha la administración de justicia. (...) Cabe, entonces, preguntarse si el Órgano Judicial está en capacidad de satisfacer, en condiciones de igualdad, los imperativos de la justicia. Vista la situación con serenidad, no puede darse una respuesta positiva a esa interrogante. La estructura judicial es todavía sustancialmente la misma frente a la cual sucedieron los hechos descritos en este Informe. (...) Estas reflexiones colocan a la Comisión frente a una seria disyuntiva. La cuestión que se plantea no es si se debe o no sancionar a los culpables sino si se puede o no hacer justicia. La sanción a los responsables de los crímenes descritos, es un imperativo de la moral pública. Sin embargo, no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable." Vid. COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: De la Locura a la Esperanza..., op. cit, Recomendaciones que se coligen directamente del resultado de la investigación, F.) Las sanciones. Para más datos sobre éste y otros países, véase capítulo VIII.

⁹⁴⁰ Sobre este particular, véanse la serie de artículos de réplica y contra réplica sobre la base del trabajo de ORENTLICHER, D. F.: "Settling accounts...", op. cit.: NINO, C. S.: "Response: The Duty...", op. cit.; ORENTLICHER, D. F.: "A reply to professor...", op. cit.

⁹⁴¹ Cfr. CROCKER, D. A.: "Transitional Justice and International...", op. cit., pág. 273.

Desde este enfoque, por tanto, el punto clave ha de ser lo que los Estados tienen el deber de hacer, y, a partir de aquí, estudiar si dentro del derecho internacional existen alternativas, y hasta qué punto, para ajustar este régimen general a las particularidades citadas.

Un análisis de esta naturaleza, a la postre, habrá de abarcar dos aspectos distintos. En primer lugar, deberán examinarse las distintas medidas que los propios Estados han articulado para enfrentar la cuestión que aquí ocupa, como las leyes de amnistía, indultos, persecución penal selectiva, o, en cierto sentido, los programas globales de reparación; resultando la rica experiencia de los países iberoamericanos un sustento idóneo para indagar si este tipo de iniciativas concuerdan con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico internacional. En esta labor, habrá de tener muy presente, además, que la experiencia demuestra que muchas de estas actuaciones no sólo responden, por ejemplo, a limitaciones materiales, sino que en la mayoría de casos se erigen como auténticos peajes que han de pagarse para que las autoridades del régimen no democrático consientan en iniciar un proceso de transición. De este modo, aunque ambos aspectos aparecen interrelacionados, en mi opinión son las peculiaridades consignadas sobre los regímenes políticos aquéllas que mejor explican estos comportamientos o iniciativas, en tanto que pese a la general invocación de la necesidad de reconciliar a la sociedad, su finalidad no suele ser otra que mantener a los responsables de los crímenes cometidos al margen del accionar de la justicia a cambio del comienzo, o de la continuación, de un proceso de transición simple o doble.

En segundo lugar, todo lo expuesto hará pertinente referir el estudio a la evaluación jurídica de otras posibilidades previstas en el derecho internacional que, de algún modo, permitan amoldar el régimen jurídico general a las especialidades que aquí ocupan. A este respecto, tanto lo ya referido como la práctica que se analizará, harán patente la necesidad de reflexionar, esencialmente, en torno a los problemas cuantitativos y cualitativos esbozados, tratando de buscar e identificar la viabilidad/licitud de alguna alternativa que facilite compaginar las obligaciones internacionales reseñadas con la realidad concreta que habrá de afrontarse en estos casos.

En atención a todas las circunstancias señaladas, conviene destacar que en esta labor deberá igualmente tenerse en cuenta que, como ha recordado la CDI, la violación de una obligación internacional no es algo que se dé en abstracto; las obligaciones internacionales han de interpretarse y aplicarse a la situación concreta, determinándose la naturaleza del comportamiento exigido, la norma que tiene que ser observada, y el resultado que tiene que ser alcanzado⁹⁴². De este modo, aunque la misma Comisión ha advertido que la interpretación se aproxima más al arte que a las ciencias exactas⁹⁴³, en ella deberá atenderse, entre otros criterios, a lo que se ha denominado como “efecto útil” de las normas internacionales⁹⁴⁴; principio que para la CIJ es una de las pautas

⁹⁴² Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario al capítulo III de la Primera Parte del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, pág. 114.

⁹⁴³ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, segunda parte, pág. 240.

⁹⁴⁴ Para una primera visión sobre el mismo, DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de...*, *op. cit.*, pág. 201; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C.: *La interpretación de las Normas Internacionales*,

fundamentales de la interpretación de las normas convencionales⁹⁴⁵. De lo que no cabe extraer, obviamente, que en virtud del mismo puedan desconocerse otros principios rectores claramente establecidos como, en lo que aquí ocupa, el principio *pro homine* inherente al DIDH.

Con todo, en la caracterización del “principio del efecto útil”, debe señalarse que en el *asunto del Estrecho de Corfú* la misma Corte recordó que:

*“It would indeed be incompatible with generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in a special agreement should be devoid of purport or effect”*⁹⁴⁶.

Resultando, de otro lado, especialmente clarificador lo señalado por la CPJI en el *asunto Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*:

*“In case of doubt, the clause of a special agreement (...) must, if it does not involve violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects”*⁹⁴⁷.

Por tanto, aunque no expresamente codificada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -pero sí implícitamente contenida en su artículo 31.1⁹⁴⁸-, la máxima *ut res magis valeat quam pereat* no deberá ser desatendida en este ámbito; resultando que si existen varias interpretaciones posibles, de entre todas ellas habrá de escogerse aquélla que permita su aplicación específica, que pueda tener algún efecto⁹⁴⁹; esto es, que evite la consideración de las obligaciones internacionales como deberes absolutos que, en determinados casos, puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta⁹⁵⁰.

Aceptando en consecuencia la clásica afirmación de Verdross: “*international duties must not be taken so far to result in self-destruction*”⁹⁵¹, y reconociendo la pertinencia de la misma para este trabajo, debe subrayarse que una cosa es admitir y abogar por este camino ante los retos que plantean las situaciones que aquí ocupan -es decir, optar por una interpretación que pueda adecuarse a las mismas-, y otra muy distinta es pretender que con esta interpretación pueda obviarse la “letra y el espíritu”⁹⁵², o el objeto y fin del tratado, defendiendo una “solución ideal” que las partes no han tenido la intención de

Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 222-223, 249-250; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 312; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 313-314.

⁹⁴⁵ Cfr. *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, párr. 51.

⁹⁴⁶ Vid. *Estrecho de Corfú (Reino Unido v. Albania)*, fondo, I.C.J. Reports 1949, pág. 24.

⁹⁴⁷ Vid. *Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Order, P.C.I.J. Series A, N° 22, pág. 7.

⁹⁴⁸ En este sentido, REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, pág. 313.

⁹⁴⁹ Cfr. *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, párr. 51. En la doctrina, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C.: *La interpretación...*, *op. cit.*, págs. 249-250.

⁹⁵⁰ Cfr. *Annuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, pág. 80, en especial párr. 33.

⁹⁵¹ Citado en ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, pág. 407.

⁹⁵² Véase, a este respecto, lo señalado por la CIJ en *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1950, pág. 229.

consentir⁹⁵³; posibilidad que en continua pugna contra toda tentación simplificadora habrá que evitar en todo caso.

En definitiva, teniendo presentes todas las pautas recogidas, podrá entonces conformarse un esquema lo más completo posible que recoja las distintas alternativas lícitas que Estados como los que aquí interesan pueden adoptar para hacer frente a la sanción de los crímenes pasados durante sus procesos de transición.

⁹⁵³ En este sentido, REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Públicos...*, *op. cit.*, pág. 313.

CAPÍTULO VIII

LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN EN LA ÚLTIMA EXPERIENCIA IBEROAMERICANA: ESTUDIO DE CASOS

1) Justificación de los casos de estudio: A propósito de los modelos de confrontación jurídico penal con el pasado.

Recapitulando lo visto hasta el momento puede señalarse que el proceso de confrontación con los crímenes de derecho internacional y, en su caso, violaciones a los derechos humanos, cometidos en el pasado que las autoridades del “nuevo régimen” han de afrontar debe responder a un conjunto de obligaciones complementarias y, a la vez, individualmente identificables. En este sentido, resulta un buen ejemplo aplicado la referencia al “Proyecto Nunca Más”, en el que un conjunto ONGs de derechos humanos han realizado una serie de esfuerzos dirigidos a documentar los crímenes contra la humanidad perpetrados en Colombia desde 1965 hasta el año 2000, estableciendo, a tal fin, cuatro objetivos fundamentales: 1) la salvaguarda de la memoria, en oposición a todas las propuestas que recomiendan el olvido como base de construcción del futuro; 2) el esclarecimiento de los hechos, en oposición a las propuestas que recomiendan un simple reconocimiento superficial o masivo de los errores del pasado; 3) la sanción a los responsables, en oposición a las propuestas de evasión de la justicia; y 4) la reparación de lo destruido, en oposición a los que proponen construir responsabilidades frente al futuro sobre la base de la irresponsabilidad frente al pasado⁹⁵⁴.

En este mismo orden de ideas, aunque desde una perspectiva más específica, otros trabajos han puesto de manifiesto que lo que se ha venido a denominar como proceso de reparación integral debe comprender, al menos, tres fases progresivas e ineludibles; fases que en realidad deberían responder, al menos, a las obligaciones internacionales ya reseñadas en los Capítulos anteriores. De este modo, siguiendo a Cepeda y Girón, las etapas a cumplir serían:

1) La fase de la verdad: En la que se integrarían todas las medidas y acciones necesarias para materializar el conocido como “derecho a la información”, o derecho a

⁹⁵⁴ Cfr. VV.AA.: *Colombia Nunca Más. Crímenes de lesa humanidad*, en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/>, “Opciones Estratégicas del Proyecto”, en el tomo I.

la verdad. En esta fase, realmente sólo lo relativo a la investigación de los crímenes individualmente considerados se ajustaría, tal y como se ha mantenido, a una obligación jurídica internacional existente; resultando que aquellas disposiciones que señalan estos autores destinadas a la recuperación, apertura, publicación, y difusión de los archivos tanto en el país donde se cometieron los crímenes como en otros Estados, la obtención de testimonios de los principales protagonistas de los mismos durante la dictadura o la guerra, al igual que, como elemento arquetípico, las denominadas Comisiones de la Verdad, aunque identificables en esta etapa primera quedarían al margen del ámbito de este trabajo.

2) La fase de la justicia: En ella el objetivo a cumplir sería la penalización judicial de todos los responsables, por acción u omisión, de los crímenes cometidos; configurándose, así, como la fase más compleja y de difícil materialización.

3) La fase la reparación: Esta fase debería comprender diversas formas e instrumentos políticos y cívicos de reparación que irían desde la reconstrucción del tejido social destruido hasta el homenaje público a las víctimas⁹⁵⁵.

Valorando en cierto modo, ya el cumplimiento de los objetivos mencionados, ya la culminación de las fases indicadas, se han identificado diversos modelos de confrontación jurídico penal con el pasado dictatorial -en terminología del Instituto Max-Planck para el Derecho Extranjero e Internacional⁹⁵⁶- basados igualmente en las distintas experiencias existentes en este ámbito⁹⁵⁷. A tal efecto, se ha señalado la existencia de tres grandes modelos: 1) el modelo de persecución penal; 2) el modelo de la reconciliación; y 3) el modelo del olvido. Dentro de este último se encontrarían, a su vez, cuatro subcategorías denominadas: a) modelo de olvido del pasado “absoluto”; b) modelo de olvido del pasado “absoluto” con rehabilitación; c) modelo de olvido del pasado “relativo” con rehabilitación; d) modelo de olvido del pasado “relativo” múltiple.

En atención a las primeras conclusiones de este proyecto de investigación, esta serie de modelos quedarían definidos de la siguiente forma:

1) Modelo de persecución penal: Los elementos clave de este modelo son, de un lado, un intento de persecución penal intensa de los crímenes de derecho internacional cometidos en el pasado régimen junto con diversos esfuerzos para lograr

⁹⁵⁵ Cfr. CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C.: “Memoria y Derechos Humanos en América Latina”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (compiladores): *Duelo, Memoria, Reparación*, Fundación Manuel Cepeda Vargas, Colombia, 1998, 90-93.

⁹⁵⁶ Cfr. ARNOLD, J.: “Cambio de sistema...”, *op. cit.*, así como “Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países”, en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal...*, *op. cit.*, págs. 32-70.

⁹⁵⁷ Hasta el inicio del año dos mil habían sido incluidos en el proyecto de derecho comparado del Instituto Max-Planck las experiencias de los siguientes países: Bulgaria, Alemania/RDA, Estonia, Georgia, Grecia, Lituania, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España, República Checa, Hungría, Rusia, Bielorrusia, Argentina, Chile, Uruguay, Ghana, Malí, Sudáfrica, China y Corea. Cfr. *Ibid.*, pág. 33. A la hora de referirme a los ejemplos que se citan en este proyecto he omitido toda referencia a los Estados objeto de este trabajo, en tanto que sobre los mismos se elaborará un estudio propio.

una rehabilitación e indemnización amplias para las víctimas. Este modelo, desde una perspectiva normativa, sería el que cumpliría de una forma más completa las exigencias derivadas del derecho internacional penal; dando satisfacción, igualmente, a las tres exigencias (investigación, sanción, y reparación) ya mencionadas en el ámbito del DIDH. De este modo, el modelo se conformaría, *a priori*, como un sistema de confrontación con el pasado dictatorial ajustado al régimen jurídico referido. Ahora bien, a la hora de citar ejemplos de este modelo ideal se menciona el caso alemán tras la caída del “muro de Berlín”, siendo la realidad que de los más de veinte mil casos instruidos hasta marzo de 1997 sólo en un dos por ciento se produjo acusación, llegándose a una condena firme solamente en alrededor de un 0.5 por ciento de los mismos. Junto a esto, ha de tenerse en cuenta que algunos de los delitos que acabaron con condena no tenían más que un ligero vínculo con la normativa que aquí ocupa⁹⁵⁸.

2) Modelo de la reconciliación: La persecución penal de los crímenes de derecho internacional cede, en este modelo, en favor del protagonismo de la búsqueda exitosa de la verdad con la participación activa de los autores de los hechos. Son, por tanto, aproximaciones propias de la justicia restaurativa, restitutiva o reparatoria las que imperan en este caso, en detrimento de los argumentos propios de la justicia retributiva. El ejemplo que mejor sustenta este modelo es Sudáfrica, país en el que, verbigracia, se otorgó el perdón de los responsables de los crímenes cometidos a cambio de información y confesión pública y franca de la conducta⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ Así, delitos de espionaje, prevaricación de jueces y fiscales, y algunos delitos económicos cometidos por funcionarios estatales o miembros del Partido.

⁹⁵⁹ A este respecto, explica Nahja Valji, investigadora del Programa de Transición y Reconciliación del Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación: “*El modelo aplicado por la Comisión para la Verdad y la Reconciliación (CVR) a la hora de conceder un indulto a los responsables de las violaciones de los derechos humanos es, tal vez, una de las aportaciones más innovadoras y creativas de la justicia propia de un período de transición de los últimos años. Es en cierta medida el factor que le ha granjeado esa atención internacional y que ha resultado en su adopción por parte de numerosos países que han intentado efectuar una transición de una situación de conflicto a la democracia durante la pasada década. Los negociadores reconocieron que se precisaría alguna forma de indulto teniendo en cuenta la cantidad de violencia auspiciada por el Estado a lo largo del período del apartheid y la necesidad de neutralizar el establishment del aparato de seguridad de la vieja guardia. Se acordó el indulto individual sobre las premisas de la responsabilidad y la verdad. Para ser acreedor de un indulto, una persona debía proceder a hacer acto de presencia y solicitarla. A continuación necesitaba demostrar que su caso específico cumplía los requisitos exigidos para un indulto: ello implicaba dar cuenta de las motivaciones políticas, relatando toda la verdad sobre lo sucedido, y demostrar que el acto llevado a cabo se correspondía con el objetivo perseguido. En el fondo del proceso de indulto residía lo que se ha llamado el enfoque del “palo y la zanahoria”, en el sentido de que quienes se presentaran y cumplieran los requisitos no sólo quedarían exentos de cargos o acusaciones penales, sino que también gozarían de inmunidad frente a acusaciones civiles por los actos en cuestión. El “palo” era que el que “no” hiciera acto de presencia se arriesgaba a ser identificado por aquellos que sí se presentaron (o lo hicieron en las investigaciones posteriores de la CVR) con los cargos subsiguientes.*” *Vid.* VALJI, N.: “Reconciliación y Reparación: Un Balance”, en <http://www.csvr.org.za/papers/papnv2.htm>. Para más datos sobre este caso, BERAT, L.: “South Africa: Negotiating Change?”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity...*, *op. cit.*; BORAINÉ, A.: *A Country...*, *op. cit.*; BORAINÉ, A., LEVY, J. y SHEFFER, R. (eds.): *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, IDASA, Ciudad del Cabo, 1994; EDELSTEIN, J.: *Truth & Lies: Stories from the Truth and Reconciliation Commission in South Africa*, Granta Books, Londres, 2001; GRAYBILL, L. S.: *Truth and Reconciliation in South Africa: Miracle or Model?*, Lynne Rienner, Boulder, 2002; PUURUNEN, T.: *The Committee on Amnesty of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, Helsinki, 2000.

3) Modelos del olvido:

- a) Modelo de olvido del pasado “absoluto”: Se caracteriza porque la vía de confrontación con el pasado, con los crímenes pasados, es la renuncia tanto a toda medida de índole sancionatoria como a toda forma de averiguación de la verdad. Son ejemplos de este modelo los casos de Georgia, España o Ghana.
- b) Modelo de olvido del pasado “absoluto” con rehabilitación: En estos casos la confrontación con el pasado se lleva a cabo sólo a través de la rehabilitación de las víctimas. No se produce, por tanto, ningún tipo de persecución penal. Ejemplos de este sistema serían los seguidos por Rusia y Bielorrusia.
- c) Modelo de olvido del pasado “relativo” con rehabilitación: Las iniciativas principales en este modelo responden a la rehabilitación y/o indemnización de las víctimas, pero junto a ello se realiza una persecución penal selectiva, si bien, sigue predominando una posición próxima a las del olvido del pasado. Ejemplos de este modelo son Bulgaria, República Checa, Lituania, Hungría y Polonia.
- d) Modelo de olvido del pasado “relativo” múltiple: En este modelo se combinan la rehabilitación de las víctimas (que pierde su carácter principal) con la persecución penal selectiva, iniciativas de averiguación de la verdad, amnistías e indultos. Son ejemplos de este modelo Corea, Malí y Grecia⁹⁶⁰.

Al margen de las particularidades de este esquema concreto⁹⁶¹, el mismo permite observar una cuestión inicial de notable trascendencia. Siendo obvia la existencia de una pluralidad de sendas o caminos seguidos por los diferentes regímenes en transición clasificables sobre la base de los parámetros ya señalados, cualquier intento de establecer y valorar estos u otros modelos enfrenta los problemas propios de toda iniciativa que trate de homogeneizar experiencias tan distintas como las que aquí interesan. Así, por poner algún ejemplo, aun con la acotación realizada en el Capítulo anterior, factores como la existencia o no de un conflicto armado previo, así como su intensidad, la extensión y naturaleza de los crímenes cometidos, o el tiempo transcurrido desde su comisión serán elementos claves para poder entender y valorar el modo en que cada Estado ha enfrentado su pasado -cada uno de estos modelos-, así como para poder realizar alguna aportación operativa⁹⁶².

⁹⁶⁰ Sobre toda esta cuestión, ARNOLD, J.: “Cambio de sistema político...”, *op. cit.*, págs. 43-57.

⁹⁶¹ Algunas de ellas son advertidas en el propio proyecto de investigación, señalando en sus primeras conclusiones que “la clasificación de cada país dentro de ciertos modelos aún no es suficientemente segura, y en esa medida, sólo pueden ser concebidos como estructuras provisionales. No queda excluida la posibilidad de una revisión, así como tampoco la clasificación de un mismo país en varios modelos.” *Vid. Ibid.*, págs. 50-51.

⁹⁶² Así, en relación con Iberoamérica, autores como Beristain advierten: “Para entender parte de los desafíos y problemas de las situaciones postconflicto, hay que tener en cuenta no sólo el nivel de impacto producido por la violencia o represión, sino las características de la sociedad y del propio Estado. También el grado de institucionalidad previo, el

En consecuencia, los trabajos que se apoyen en un enfoque como el recogido deberán, muy posiblemente, renunciar a la consideración de muchas de las realidades, detalles y matices presentes en cada uno de los Estados estudiados; y sin embargo, ante la abundancia y diversidad de casos relevantes en este ámbito parece imponerse la necesidad de sustentar todo examen en algún esfuerzo de agrupación analítica, pues de no hacerlo se corre el riesgo contrario, esto es, perderse en las concretas especificidades de una u otra situación particular, siendo, por tanto, aventurado todo intento de ofrecer algún tipo de conclusión general.

El marco geográfico del presente análisis es un perfecto ejemplo de esta disyuntiva, pues quizá con la sola excepción de Costa Rica, desde mediados del siglo pasado la totalidad de los países iberoamericanos ha vivido algún proceso de transición, de una naturaleza u otra, en el que con el avanzar de los años la cuestión del castigo de los criminales pasados ha estado, en mayor o menor medida, presente. Incluso circunscribiendo el análisis a las últimas transiciones vividas en estos Estados —o a lo que, en sentido restringido, se ha denominado como “tercera ola de políticas de memoria y justicia”— abordar todas y cada una de ellas en detalle excedería, con mucho, de las posibilidades de este trabajo; haciéndose preciso, por tanto, alguna selección de los casos de estudio. A tal efecto, siendo la perspectiva y objetivos escogidos el examen del deber de, en sentido amplio, sancionar los crímenes de derecho internacional y, en su caso, las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado régimen durante el proceso de transición, resultará lo más adecuado escoger una serie de casos paradigmáticos que de la manera más amplia posible, abarque desde las experiencias de menor materialización del mismo hasta las situaciones en que se han realizado los mayores esfuerzos para lograrlo —sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo se haga referencia a otras situaciones acaecidas en el subcontinente—. En esta labor serán los resultados fácticos el elemento fundamental a tener en cuenta, siendo que la adscripción de uno u otro Estado a una categoría no prejuzgará el cumplimiento o incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones internacionales expuestas.

A pesar de que esta elección metodológica necesariamente limitará la atención que debería dedicarse a cada uno de los casos concretos acaecidos en la rica experiencia

*funcionamiento del sistema judicial, la existencia de partidos políticos y las formas de participación de la sociedad civil. La democratización en las sociedades en transición depende de un proceso de constitución de una ciudadanía efectiva, la eliminación de los legados autoritarios y una reforma institucional profunda y enfocada en el futuro (...) Guatemala y El Salvador han vivido periodos muy largos de sucesivas dictaduras militares con escasos momentos de un poder civil. Las elites económicas y políticas se aliaron con el ejército y desarrollaron una clase dirigente excluyente y un modelo de Estado militarista. Eso incidió en la falta de espacios políticos de participación durante los procesos de transición; por otra parte, el impacto de la represión militar en varias generaciones, ha tenido serias consecuencias como la pérdida de un caudal humano fundamental y la eliminación de líderes muy significativos. En el caso de Perú, la propia Comisión de la Verdad y Reconciliación (...) señaló en su análisis de las causas de la violencia política de los años ochenta, la discriminación histórica de la población de los Andes y la Amazonía, y la existencia de dos Perús, como aspectos estructurales a los que se enfrenta la transición política en la actualidad. Mientras, Chile y Argentina han sido sociedades con un mayor nivel de institucionalidad y participación social, a pesar del impacto de regímenes autoritarios anteriores.” Vid. BERISTAIN, C. M.: “Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional. Papel de las políticas de Verdad, Justicia y Reparación”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005, pág. 55.*

hispanoamericana, los inconvenientes derivados de sacrificar el estudio de las particularidades de los distintos procesos de transición en aras de conformar unas conclusiones más generales, bien pueden mitigarse si, como se pretende, en los casos escogidos se contienen la inmensa mayoría de alternativas y circunstancias de hecho que se han presentado en este tipo de situaciones; teniendo presente, en este sentido, que la reproducción, importación o, si se quiere, copia de modelos de transición pasados es, como ya se apuntó, una característica y tendencia claramente identificable en este ámbito.

En definitiva, la finalidad de esta aproximación elegida es poner sobre la mesa las dos cuestiones que han de reputarse como capitales para este estudio: De un lado, la práctica totalidad de instrumentos o mecanismos utilizados para afrontar el problema objeto de este trabajo, del otro, las circunstancias relevantes en que los mismos fueron adoptados. Así, una vez identificados ambos extremos podrá realizarse el anunciado análisis jurídico que sobre la base del derecho internacional, permitirá tanto evaluar lo realizado como, de ser posible, presentar otras opciones a las ya exploradas por estos Estados.

En este empeño, junto al criterio general señalado, la propia ubicación geográfica, o geoestratégica, de esta serie de países no habrá de desatenderse, con lo que se escogerán una serie de procesos de transición de países centroamericanos, como Guatemala, El Salvador y Honduras, así como de Estados sudamericanos, Argentina, Chile y Uruguay; abordando sus experiencias de una manera lo suficientemente amplia como para servir de referente ilustrativo de la situación general vivida en el subcontinente.

Ahora bien, resulta insoslayable advertir que este tipo de generalización, basada en una serie de casos paradigmáticos, aunque necesaria también dificultará atender a una cuestión que, *a priori*, pudiera presumirse que presenta gran importancia, como es el momento en que los distintos crímenes de derecho internacional fueron cometidos. A este respecto, resulta oportuno subrayar que aunque aún a fecha de hoy⁹⁶³ en la legislación interna de muchos de los Estados que aquí interesan no se recogen todos los crímenes de derecho internacional considerados⁹⁶⁴ -ausencia que bien puede

⁹⁶³ Ha de tenerse en cuenta que la ratificación, implementación requerida, y especialmente las consecuencias del propio sistema de complementariedad, ya comentado, del Estatuto de la CPI, ha estimulado a un gran número de los Estados iberoamericanos a modificar muy rápidamente el estado de cosas existente hasta hace pocos años. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, de los Estados que aquí interesan, a enero de 2006 eran ya Partes de la CPI, Argentina (desde el 8 de febrero de 2001), Belice (desde el 5 de abril de 2000), Bolivia (desde el 27 de junio de 2002), Brasil (desde el 14 de junio de 2002), Colombia (desde el 5 de agosto de 2002), Costa Rica (desde el 30 de enero de 2001), Ecuador (desde el 5 de febrero de 2002), Guyana (desde el 24 de septiembre de 2004), Honduras (desde el 1 de julio de 2002), México (desde el 28 de octubre de 2005), Panamá (desde el 21 de marzo de 2002), Paraguay (desde el 14 de mayo de 2001), Perú (desde el 10 de noviembre de 2001), Uruguay (desde el 28 de junio de 2002), y Venezuela (desde el 7 de junio de 2000). Puede encontrarse una lista actualizada de los Estados Partes en <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html>.

⁹⁶⁴ Sobre esta cuestión, véase el que, a mi entender, es el trabajo más completo disponible hasta el momento: AMBOS, K. y MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal...*, *op. cit.* Resulta, igualmente, preciso consultar el más reciente AMBOS, K., MALARINO, E. y WOISCHNIK, J. (eds.): *Temas actuales del derecho*

interpretarse como uno de varios caminos que los Estados han ideado para evadirse del cumplimiento de las obligaciones internacionales en este ámbito⁹⁶⁵-, la fecha clave a atender, tal y como se argumentó, tan sólo es aquella en que el deber de sancionarlos devino obligatorio para ellos en el ordenamiento jurídico internacional.

De este modo, si en lo relativo al derecho internacional general habrá que referirse a lo ya expuesto en la primera parte de este trabajo, en cuanto al derecho internacional convencional conviene destacar que la deficiente tipificación interna contrasta con una extendida, aunque temporalmente distanciada, manifestación del consentimiento en los diversos instrumentos internacionales relevantes; advirtiendo adicionalmente que la aceptación de mucha de esta normativa se ha realizado, justamente, durante los procesos de transición que aquí ocupan.

Así, por referirme a los Estados escogidos, de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, de los cuatro Convenios de Ginebra y de la CCT, lo son todos: Guatemala⁹⁶⁶, El Salvador⁹⁶⁷, Honduras⁹⁶⁸, Uruguay⁹⁶⁹, Chile⁹⁷⁰, y Argentina⁹⁷¹; de la CICT son Partes Guatemala⁹⁷², El Salvador⁹⁷³, Uruguay⁹⁷⁴, Chile⁹⁷⁵, y Argentina⁹⁷⁶, habiendo Honduras firmado la misma⁹⁷⁷; finalmente, de la CIDFP, lo son Guatemala⁹⁷⁸, Honduras⁹⁷⁹, Uruguay⁹⁸⁰, y Argentina⁹⁸¹, habiéndola firmado Chile⁹⁸². En

penal internacional: con contribuciones de América Latina, Alemania y España, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005.

⁹⁶⁵ Véase, en este sentido, CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 304-308, en especial 305.

⁹⁶⁶ Desde el 13 de enero de 1950 de la Convención contra el Genocidio, desde el 14 de mayo de 1952 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 19 de octubre de 1987), y desde el 5 de enero de 1990 de la CCT.

⁹⁶⁷ Desde el 28 de septiembre de 1950 de la Convención contra el Genocidio, desde el 17 de junio de 1953 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 23 de noviembre de 1978), y desde el 17 de junio de 1992 de la CCT.

⁹⁶⁸ Desde el 2 de marzo de 1952 de la Convención contra el Genocidio, desde el 31 de diciembre de 1965 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 16 de febrero de 1995), y desde el 5 de diciembre de 1996 de la CCT.

⁹⁶⁹ Desde el 11 de julio de 1967 de la Convención contra el Genocidio, desde el 5 de marzo de 1969 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 13 de diciembre de 1985), y desde el 24 de octubre de 1986 de la CCT.

⁹⁷⁰ Desde el 3 de enero de 1953 de la Convención contra el Genocidio, desde el 12 de octubre de 1950 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 24 de abril de 1991), y desde el 30 de septiembre de 1988 de la CCT.

⁹⁷¹ Desde el 5 de junio de 1956 de la Convención contra el Genocidio, desde el 18 de septiembre de 1956 de los Convenios de Ginebra (así como de sus dos Protocolos adicionales desde el 26 de noviembre de 1986), y desde el 24 de septiembre de 1986.

⁹⁷² Desde el 10 de diciembre de 1986.

⁹⁷³ Desde el 17 de octubre de 1994.

⁹⁷⁴ Desde el 23 de febrero de 1992.

⁹⁷⁵ Desde el 15 de septiembre de 1988.

⁹⁷⁶ Desde el 18 de noviembre de 1988.

⁹⁷⁷ El 11 de marzo de 1986.

⁹⁷⁸ Desde el 27 de julio de 1999.

⁹⁷⁹ Desde el 28 de abril de 2005.

⁹⁸⁰ Desde el 6 de febrero de 1996.

⁹⁸¹ Desde el 31 de octubre de 1995.

cuanto al ámbito del DIDH, todos ellos, de igual suerte, son Partes en el PICP⁹⁸³ y la CIDH⁹⁸⁴.

Con todo, pese a lo explicado sobre la aplicación retrospectiva del derecho internacional penal, la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional, y el carácter continuado del crimen de desaparición forzosa, y sin desconocer el papel esencial del derecho consuetudinario con relación a aquellos Estados con una muy tardía ratificación/adhesión a los instrumentos propios del DIDH, tanto las notables diferencias temporales puestas de manifiesto, como el hecho de que los crímenes aquí considerados hayan sido cometidos en un espectro temporal relativamente amplio⁹⁸⁵, ciertamente podrían presentar algunas diferencias o particularidades, en distintos órdenes, si se desplegara un examen individualizado de cada uno de los crímenes cometidos. Aun con ello, y sin olvidar esta circunstancia, ha de seguir considerándose que la opción más adecuada, y sobre todo viable, continúa siendo realizar el anunciado estudio de casos; examen que a través de la agrupación señalada servirá de soporte fáctico al posterior análisis jurídico. En consecuencia, a esta labor se dedicarán los siguientes apartados de este Capítulo.

2) *Estudio de casos.*

2. a) *Centroamérica.*

El Istmo Centroamericano, protagonista escenario del enfrentamiento entre los Estados Unidos de América y la antigua Unión Soviética durante la Guerra Fría, padeció en la segunda mitad del siglo pasado la comisión más intensa y extensa de crímenes de derecho internacional; todo ello, bajo un insoportable silencio y olvido por parte de la mayoría de la Comunidad Internacional⁹⁸⁶, acaudillada, refiriéndome en

⁹⁸² El 10 de junio de 1994.

⁹⁸³ Argentina desde el 8 de agosto de 1986, Chile desde el 10 de febrero de 1972, El Salvador desde el 30 de noviembre de 1979, Honduras desde el 27 de agosto de 1997, Guatemala desde el 6 de mayo de 1992, y Uruguay desde el 1 de abril de 1970.

⁹⁸⁴ Argentina desde el 14 de agosto de 1984, Chile desde el 10 de agosto de 1990, El Salvador desde el 20 de junio de 1978, Honduras desde el 5 de septiembre de 1977, Guatemala desde el 27 de abril de 1978, y Uruguay desde el 26 de marzo de 1985.

⁹⁸⁵ Así, en Estados como Guatemala el tiempo a considerar comprendería más de treinta años, contados a partir de la década de 1960, mientras que en lo aquí concierne, la comisión de crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos en un país como Argentina tan sólo se desarrolló durante siete años a partir de 1976. Por su parte, en Estados como Perú los crímenes que aquí interesan se cometieron desde el decenio de 1980 hasta el año 2000; situación que, en el caso colombiano, se extendería hasta la actualidad.

⁹⁸⁶ Aun con algunas excepciones –principalmente en el caso de El Salvador– fue justamente al darse por terminada la Guerra Fría cuando se hicieron más visibles las razones propias (de existir) de cada caso, recibiendo desde entonces una atención cada vez más creciente. Para más datos, PÁSARA, L.: *Paz, ilusión y*

particular al ámbito regional que aquí ocupa, por el “Estado-hegemon” Norteamericano, por utilizar la afortunada denominación de Remiro Brotóns⁹⁸⁷.

Junto a la evidente circunscripción geográfica, a lo anterior hay que agregar que los Estados centroamericanos presentaban (y presentan) una serie de rasgos comunes que, en buena medida, fueron determinantes para comprender tanto las distintas quiebras de sus democracias como el desarrollo de sus procesos de transición. Así, siguiendo a Grasa, todos estos países comparten: 1) economías de modestísimas dimensiones; 2) debilidad y vulnerabilidad económica extrema; 3) ubicación periférica en el sistema económico y político internacional; 4) hiperinfluencia política y económica de agentes externos; 5) fuerte propensión a la concentración el poder; y 6) polarización extrema y aguda fractura social⁹⁸⁸. A todo ello debe añadirse que muy especialmente en esta subregión, las Fuerzas Armadas se convirtieron desde muy temprana época en una de las pocas organizaciones con capacidad para asumir directamente el gobierno y la gestión de los asuntos públicos; conformándose de este modo, un conjunto de notas generales que se individualizarán en las experiencias que se analizarán a continuación.

2.a. 1) Guatemala.

En la doctrina española quizás uno de los primeros trabajos que enfrentaron monográficamente la experiencia vivida en Guatemala desde principios del decenio de 1960 fue el de Albaladejo Escribano; interesante aportación en la que ya se apuntaban tres características fundamentales: la extrema violencia sufrida por este país durante décadas, la abrumadora atribución de las atrocidades perpetradas al Estado guatemalteco, y la calificación jurídica de un conjunto de los actos cometidos contra la comunidad maya como genocidio⁹⁸⁹. No obstante, desde tiempo atrás el caso de Guatemala había sido objeto de algunos destacables estudios en otros puntos geográficos; interés que se incrementó radicalmente a partir del proceso de paz que atravesó este país en la década de los años noventa del siglo pasado⁹⁹⁰.

cambio en Guatemala. El proceso de paz, sus actores, logros y límites, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, 2003. Desde un punto de vista más restringido, MAHONEY-NORRIS, K.: “Democracy, Human Rights, and National Security in Central America: Irreconcilable Bedfellows?”, en CAMPBELL, P. J. y MAHONEY-NORRIS, K. (eds.): *Democratization and the Protection of Human Rights. Challenges and Contradictions*, Praeger, Londres, 1998.

⁹⁸⁷ Cfr. REMIRO BRONTÓN, A.: “Carta de las Naciones Unidas-Nuevo Orden: ida y vuelta”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas...*, op. cit., pág. 362, nota 10.

⁹⁸⁸ Cfr. GRASA, R.: “Centroamérica en el sistema internacional de Posguerra Fría”, en CARDENAL, A. S. y MARTÍ I PUIG, S. (compiladores): *América Central...*, op. cit., págs. 38-39.

⁹⁸⁹ Cfr. ALBADALEJO ESCRIBANO, I.: “Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad en Guatemala”, en BLANC ALTEMIR, A. (ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001.

⁹⁹⁰ De entre todos los trabajos disponibles, para extraer la información relevante a los efectos de este análisis se han utilizado los siguientes: AGUILERA PERALTA, G.: “Peace Negotiations in Guatemala”, en SANÍN, J., DÍAZ URIBE, A. y BORDA MEDINA, E.: *In Search of Peace*, Presidencia de la República de

En el repaso al conflicto y represión acaecidos en Guatemala, ciertamente habrían de atenderse a un conjunto de hondas raíces históricas, pero en una aproximación más cercana podría identificarse como momento clave la caída del gobierno de Arbenz Guzmán en 1954; hecho que supondría, de un lado, el fin de una estimulante experiencia social iniciada una década atrás -ya con Juan José Arévalo-, y del

Colombia, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Universidad Pontifical Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1998; ALBADALEJO ESCRIBANO, I.: "Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad en...", *op. cit.*; AMNESTY INTERNATIONAL: *Guatemala. The Human Rights Record*, Amnesty International Publications, Londres, 1987; AZPÚRU DE CUESTAS, D.: "Posibilidad de paz: nuevo rumbo para Guatemala", en VV.AA.: *Procesos de negociación comparados en África y América Latina*, FLACSO, Guatemala, 1994; BALSELLS TOJO, E. A.: *Olvido o Memoria. El dilema de la sociedad guatemalteca*, F&G Editores, Guatemala, 2001; CABANAS DÍAZ, A. y DEL CID VARGAS, P. I.: *Guatemala: Derechos Humanos en tiempos de paz*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N°. 23, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003; CASAUS, M.: "Memoria del silencio: el genocidio de Guatemala", Conferencia presentada dentro del Seminario Pensar en Español VI: Comisiones de la verdad y reconciliación, Casa de América, Madrid, 23 de enero de 2006; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 21 rev. 2, 13 octubre de 1981, así como, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47, 3 de octubre de 1983, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 3 de octubre de 1985, e "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala", OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 16 rev., 1 de junio de 1993; COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio*, 12 volúmenes, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999; FIGUEROA IBARRA, C.: "Guatemala en el umbral del siglo XXI", en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1993; GARCÍA, P.: *El genocidio de Guatemala...*, *op. cit.*; GUTIÉRREZ, E.: "La disputa del pasado", en VV.AA.: *Encuentro Sudáfrica-Guatemala: Sociedades en transición, experiencias de salud mental, niñez, violencia y postconflicto*, Siglo Veintiuno, Guatemala, 2001; KEMP, S.: "The inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the search for justice in national courts", en *CLF*, vol. 15, núms. 1-2, 2004; MACK CHANG, H. B.: "La Reconciliación en Guatemala: un proceso ausente", en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y...*, *op. cit.*; MCCLEARY, R. M.: *Dictating Democracy. Guatemala and the End of Violent Revolution*, University Press of Florida, Gainesville, 1999; MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN GUATEMALA: Informes anuales (información disponible en www.minugua.guate.net); NIKKEN, P.: "El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de El Salvador y Guatemala", en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor...*, *op. cit.*, vol. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, y: "Los derechos humanos en la guerra y la paz de Centroamérica", en *Revista IIDH*, núm. 25, 1997; NORRIS, R. E.: "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: Una respuesta legal", en *Revista IIDH*, núm. 15, 1992, en especial págs. 65-71; NORTH, L.: "El proceso de paz salvadoreño y su relevancia para Guatemala", en VV.AA.: *Procesos de...*, *op. cit.*; OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA: *Guatemala, nunca Más. Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica*, 4 volúmenes, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Guatemala, 1998; PÁSARA, L.: *Paz, ilusión y cambio en Guatemala...*, *op. cit.*; POPKIN, M.: "Guatemala's national reconciliation law: Combatting impunity or continuing it?", en *Revista IIDH*, núm. 24, 1996; RAMÍREZ, W.: *Amnistía y Constitución. Ley de Reconciliación Nacional*, Serie de Justicia y Estado de Derecho, n°. 2, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1998; ROUQUIÉ, A.: *Guerras y paz en América Central*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994; SANFORD, V.: *Violencia y genocidio en Guatemala*, F&G Editores, Guatemala, 2004; SIEDER, R.: "Políticas de guerra, paz y memoria en América Central", en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia...*, *op. cit.* En el desarrollo posterior de este repaso a la transición guatemalteca no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

otro, el inicio de una turbulenta sucesión de golpes de Estado y gobiernos autoritarios que, formalmente, concluirían con el proceso electoral de 1985.

Aunque en las siguientes páginas se profundizará en los aspectos esenciales de este período, a modo de resumen, o de marco de referencia general, puede señalarse que al derrocamiento de Arbenz siguió un convulso paso entre los gobiernos de varias Juntas Militares y presidentes como Castillo Armas, González López, y Flores Avedaño. Finalmente, el 3 de marzo de 1958, el general Ydigoras Fuente llegó al poder, hasta que en 1963 el Coronel Peralta Azurdia encabezó un golpe de Estado que derrocó al general, configurando definitivamente al ejército de acuerdo con la Doctrina de la Seguridad Nacional, organizando los primeros “escuadrones de la muerte”, e implantando ya la práctica de la desaparición forzada. En 1966 fue electo presidente Méndez Montenegro, quien asumió el cargo fuertemente condicionado por un pacto entre su partido, el Revolucionario, y la alta jerarquía militar. Méndez entregó la Presidencia al general Arana Osorio, responsable de la represión sufrida por la población civil del oriente del país en la primera etapa de lucha armada y persecución, que terminó con la derrota de los alzados en armas y aproximadamente siete mil personas desaparecidas. Arana entregó la Presidencia a otro militar, Laugerud García, luego de unas elecciones fraudulentas en las que el entonces Coronel Efraín Ríos Montt era el candidato ganador por la Democracia Cristiana. En 1978 llegó a la Presidencia, fraudulentamente también, el general Lucas García, momento a partir del cual se recrudecieron la persecución, las amenazas, las desapariciones forzadas y los asesinatos de dirigentes y militantes de los movimientos populares urbanos y rurales. Alegando otro fraude electoral, en 1982 un golpe de Estado llevó a Ríos Montt a la jefatura del Estado, continuando con el plan contrainsurgente que llevó a la total militarización de la vida rural, y preparó las condiciones legales para el inicio de la transición, tras ser destruida la oposición política urbana y desvincular de sus bases reales o potenciales a las organizaciones político-militares. A este golpe seguiría el del Ministro de la Defensa, Mejía Víctores, que el 8 de agosto de 1983 se proclamó presidente de la República, manteniendo un muy alto nivel de represión. Asimismo, en aquellos días se estableció la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNNG). El 14 de enero de 1986 vencería en las elecciones planeadas Cerezo Arévalo, a cuyo gobierno “democrático” sucedería el de Serrano Elías, “normalidad” que volvió a quebrarse con el intento de autgolpe de Estado de éste.

Descendiendo a los detalles relevantes para este estudio, desde una perspectiva cronológica conviene empezar destacando que durante el período comprendido entre finales de la década de 1950 y mediados del decenio de 1980 el país experimentó lo que ha venido a conocerse como las tres primeras etapas del “conflicto guatemalteco”, a saber:

1^a.) Entre 1962 y 1970: Esta fase tiene su origen en el surgimiento de los movimientos guerrilleros, el primero de ellos, el Frente Insurreccional Alejandro de León Aragón - Movimiento 13 de noviembre, que en diciembre de ese año constituiría junto a otras organizaciones las Fuerzas Armadas Rebeldes, cuyo objetivo declarado era la toma del poder político por la clase obrera aliada con los campesinos, los

intelectuales y otros sectores revolucionarios de la pequeña burguesía, la instauración de la dictadura del proletariado en un Estado obrero-campesino, y la realización de las tareas socialistas de la revolución.

Las acciones armadas de estas organizaciones tuvieron como respuesta una represión desproporcionada por parte de las autoridades guatemaltecas y de grupos paramilitares auspiciados por ellas⁹⁹¹, enmarcada dentro de la Doctrina de la Seguridad Nacional y la lucha contra el comunismo, que se centró en la ciudad de Guatemala y las zonas sur y oriental del país. La mayoría de víctimas fueron, además de los opositores políticos, campesinos, profesores, estudiantes universitarios y de educación media, simpatizantes de la guerrilla y dirigentes de organizaciones rurales. En este contexto, ha de destacarse que entre el 2 y el 5 de marzo de 1966 se produjo la captura y posterior desaparición de dirigentes y militantes del Partido Guatemalteco de los Trabajadores, el Movimiento 13 de noviembre y las Fuerzas Armadas Rebeldes, primer caso de desaparición forzada masiva de personas en la historia de Iberoamérica.

Este caso fue posteriormente conocido como el “caso de los veintiocho desaparecidos”, aunque en realidad pudo haber alcanzado a treinta y tres personas. A mediados de julio, dos ex agentes del gobierno aseguraron que “los veintiocho” habían sido asesinados hacía mucho por orden del Coronel Arriaga Bosque (nombrado Ministro de la Defensa por el presidente Méndez Montenegro). Torturados y posteriormente asesinados, los detenidos fueron llevados al aeropuerto de la capital en bolsas, siendo sus cadáveres, con casi total probabilidad, arrojados al océano Pacífico. Familiares de “los veintiocho” presentaron una acusación contra los ex-jefes de la Policía Judicial Barrios y Moreira, el ex-director de la Policía Nacional, González Salaverré, el ex-director y ex-tercer jefe de la Guardia de Hacienda, el Coronel Coronado Urrutia y el Capitán Rodríguez. El gobierno, el Congreso, la Corte Suprema y el Ejército se comprometieron a investigar el crimen. Sin embargo, el 28 de abril la Asamblea Constituyente, que estaba a punto de disolverse, decretó una amnistía para todos los miembros del Ejército y de la policía que, a partir del 3 de julio de 1954, hubieren realizado acciones para reprimir o prevenir “actividades subversivas de cualquier orden.”

Estos crímenes marcarían una pauta, que luego se generalizaría, de práctica del terror e involucración de civiles como parte de la estrategia contrainsurgente; estando ya en esa época asentados los primeros “escuadrones de la muerte” estrechamente vinculados al aparato de inteligencia guatemalteca. Entre ellos cabe distinguir aquéllos que actuaban directamente dirigidos por el Ejército, como la Mano Blanca, aquéllos que como la Nueva Organización Anticomunista –tristemente célebre por arrancar la lengua y la mano izquierda de aquellas personas que apresaban-, que lo hacían de forma paralela con apoyo de otras organizaciones como el Movimiento de Liberación Nacional, y aquéllos que funcionaban en la órbita de las fuerzas policías, como el Movimiento Anticomunista Nacionalista Organizado.

⁹⁹¹ De entre ellos, merece destacarse a los Comisionados Militares –que pasaron de trescientos a más de nueve mil-, encargados de la seguridad local y la destrucción de los guerrilleros y su infraestructura.

De igual suerte, durante estos años fueron decretadas una serie de amnistías que marcarían el patrón a seguir en los siguientes años⁹⁹².

Esta etapa inicial culminaría con un repliegue de los aún frágiles primeros frentes guerrilleros tras la represión desatada por el ejército; no existiendo unanimidad sobre el número de víctimas, que oscilaría entre las cuatrocientas treinta y ocho y las cinco mil⁹⁹³.

2ª.) Entre 1971 y 1977⁹⁹⁴: En esta etapa se dio un descenso de la lucha armada y una reorganización intensa de los distintos actores implicados, junto a la aparición de nuevas organizaciones en ambos bandos: De esta época data la aparición de grupos guerrilleros como el Ejército Guerrillero de los Pobres, y la Organización del Pueblo en Armas; y de nuevos escuadrones de la muerte como el Ojo por Ojo y la Organización CERO. La mínima actividad guerrillera durante estos años fue respondida por una represión en continuo ascenso, aunque aplicada cada vez de forma más selectiva; así, por citar algunos casos de un solo año, el 14 de enero de 1971 fue asesinado Adolfo Mijangos, diputado demócrata cristiano. El 20 de enero fue muerto el líder campesino Tereso de Jesiva. También ese mes perdió la vida el catedrático de la Universidad de San Carlos, Julio Camey Herrera, y fue ametrallado el abogado Alfonso Bauer. En septiembre fue capturada la Comisión local del Partido Guatemalteco de los Trabajadores. En octubre fue asesinado el líder estudiantil Manuel Cordero Quezada. Todos estos crímenes fueron atribuidos a los escuadrones de la muerte Ojo por Ojo, Nueva Organización Anticomunista y Mano Blanca.

Según algunos estudios, en este período se contabilizarían siete mil doscientas víctimas muertas o desaparecidas, ante la total pasividad, cuando no complicidad, del poder judicial guatemalteco. La violencia durante estos años se centró en la capital del

⁹⁹² Puede consultarse un listado de ellas en el Anexo 6 de COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio...*, *op. cit.*

⁹⁹³ A este respecto, COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Causas del Enfrentamiento Armado*, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999, párr. 221.

⁹⁹⁴ Existen divergencias en este punto entre las distintas clasificaciones existentes sobre el conflicto guatemalteco. Algunos trabajos escogen para esta segunda etapa el período comprendido entre 1971 y 1977 (Cfr. ALBADALEJO ESCRIBANO, I.: “Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad en...”, *op. cit.*, pág. 256; o MACK CHANG, H. B.: “La Reconciliación en Guatemala...”, *op. cit.*, pág. 177), mientras que otros optan por incluir el desarrollo habido entre 1971 y 1978 por ejemplo, COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Causas del Enfrentamiento...*, *op. cit.*). Posiblemente, en lo que aquí interesa, la diferencias se expliquen atendiendo a la distinta consideración que se haga sobre la conocida como “matanza de Panzós”, punto en el que puede marcarse el cambio de tendencia que caracterizaría al sangriento período sufrido por este país hasta 1985. En mi opinión, cualquiera de las dos alternativas es válida, en tanto que si se escoge el intervalo de 1971 a 1977, la masacre de cincuenta y tres campesinos cometida por soldados del destacamento de Panzós abriría el proceso de agudización de la violencia que caracterizó a la siguiente etapa del conflicto; mientras que se si se amplía a 1978, este hecho demostraría que pese a la aparente reducción de crímenes en esa época, las Fuerzas Armadas respondían ante cualquier hecho (en este caso una manifestación) con una desproporción y brutalidad abrumadoras. A los efectos de esta exposición, no obstante, escogeré la primera de las dos posibilidades indicadas.

país y se dirigió contra líderes de movimientos sociales y sectores de la oposición a los sucesivos gobiernos militares, además de contra la infraestructura guerrillera.

3ª.) Entre 1978 y 1985: Este período está esencialmente caracterizado por la salvaje represión de los gobiernos de Lucas García, Ríos Mont y Mejía Víctores. Como muestra valga señalar que de los cuarenta y dos mil doscientos setenta y cinco casos registrados por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, el noventa y uno por ciento de los mismos se concentra en este período; por su parte, de las cincuenta y cinco mil veintiuna víctimas incluidas en el Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, casi el ochenta por ciento corresponden a los años 1980-1983.

Quizá como anticipo de lo que vendría, en mayo de 1978 una manifestación de campesinos que demandaban tierras y expresaban su descontento por actos arbitrarios de las autoridades locales, tuvo como resultado la muerte de cincuenta y tres campesinos *q'eqchi'* y cuarenta y siete heridos a manos de los soldados del destacamento militar de Panzós, Alta Verapaz. Esta masacre, que vino a conocerse como la “matanza de Panzós”, supuso el inicio de, primero, la destrucción focalizada en el movimiento popular de oposición (1978-1980), y después, la ola de ejecuciones a gran escala en las zonas rurales del país.

En este período se generalizó la denominada como “táctica de tierra arrasada”, esto es, el ataque, la quema, o bombardeo de aldeas enteras con sus campos, siembras, animales domésticos, y habitantes dentro; o por decirlo de un modo más gráfico: “*llega este momento en el cual ya la táctica del Ejército es (...) no mirar nada selectivo sino arrasarlo*”⁹⁹⁵. Junto a ello, el Ejército identificó definitivamente a grupos del pueblo maya como el enemigo interno, al considerarlos como potencial base de apoyo de la guerrilla. De este modo, el Ejército, inspirado en la Doctrina de Seguridad Nacional, definió un concepto de enemigo interno que fue más allá de los combatientes, militantes o simpatizantes de la guerrilla, incluyendo a los civiles de determinados grupos étnicos, y actuando brutalmente contra ellos.

Tal y como exponía el importante informe de la Com.IDH de 1981:

“... como conclusión general la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala la alarmante violencia que se ha manifestado en los últimos años en Guatemala, la que ha sido instigada o tolerada por el Gobierno, el cual tampoco ha adoptado las medidas necesarias para reprimirla. (...) 2. Si bien el número de víctimas producido por esa violencia ha alcanzado a todos los sectores de la sociedad — incluyendo a las propias Fuerzas Armadas y a quienes detentan el poder político y económico—no cabe duda alguna que ella ha afectado mayormente a los dirigentes de los partidos políticos de la oposición, a sindicalistas, sacerdotes, abogados, periodistas, profesores y maestros, así como a los miles de campesinos e indígenas que han sido asesinados. 3. En la gran mayoría de esos casos, las muertes originadas por esa violencia se han debido a las ejecuciones ilegales y a las desapariciones practicadas por las Fuerzas de Seguridad o por grupos paramilitares de civiles que han actuado en estrecha

⁹⁹⁵ Vid. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Efectos y consecuencias del enfrentamiento armado*, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999, párr. 325.

*colaboración con las autoridades gubernamentales, sin que esas autoridades hayan procedido a una adecuada y eficaz investigación de la autoría de esos crímenes*⁹⁹⁶.

Por su parte, los más importantes grupos guerrilleros –el Ejército Guerrillero de los Pobres, la Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas, las Fuerzas Armadas Rebeldes y una fracción del Partido Guatemalteco del Trabajo– se unificarían en 1982 en la URNG; configurándose un actor que posteriormente sería clave en el proceso de transición del país.

Profundizando en estas notas generales, ha de señalarse que durante el Gobierno de Lucas García (1978-82), la estrategia contrainsurgente se concentró en combatir a la guerrilla y castigar diversas poblaciones civiles sospechosas de apoyarla, y en eliminar al movimiento social urbano y rural. Sobre este último “objetivo”, por citar dos ejemplos de entre los muchos posibles, en octubre de 1978 se organizaron una serie de protestas y manifestaciones por el aumento del pasaje del transporte público que terminaron con cuarenta muertos, trescientos heridos y más de mil quinientos detenidos –según algunas fuentes–. Poco después, uno de los principales dirigentes de las jornadas, el Secretario General de la Asociación de Estudiantes Universitarios, Oliverio Castañeda de León, sería igualmente asesinado. Días después, el 31 de enero de 1980, sucedió el lamentablemente célebre asalto a la Embajada de España en Guatemala por parte de las fuerzas de orden público guatemaltecas, en el que murieron los treinta y siete campesinos que habían accedido a ella en un intento de denuncia de la represión que vivía el país. Los únicos sobrevivientes fueron el embajador español y un campesino, que posteriormente fue secuestrado del hospital donde se recuperaba, torturado y ejecutado.

Posteriormente, Ríos Montt (1982-83)⁹⁹⁷ dio continuidad a la estrategia de “tierra arrasada”, pero multiplicándola exponencialmente. Teniendo como objetivo declarado “destruir la mente de la población”, se atacaron y destrozaron cientos de aldeas, principalmente en el altiplano, provocando un desplazamiento masivo de la población civil que habitaba las “áreas de conflicto”. En este sentido, resulta muy gráfica la siguiente descripción del Obispo de La Verapaz en su visita a las parroquias de su diócesis entre el 10 y el 17 de mayo de 1982: *“En algunas parroquias (...) hay aldeas que han quedado sin habitantes. Otras cuentan con un número muy alto de viudas y huérfanos; no hay hombres ni jefes. En algunas hubo también destrucción e los templos y ermitas (...). Otras viven bajo una tensión casi insoportable, porque han sido acusadas (...). de que todos son guerrilleros. El quehacer pastoral está paralizado. Varias parroquias (...) han perdido a muchos de sus catequistas o delegados porque han sido asesinados, han tenido que esconderse o han dejado sus funciones. Otras parroquias o parte de sus comunidades (...) no han experimentado la violencia a gran escala, pero viven un clima de miedo, tensión y desconfianza causados por algunos secuestros, amenazas, acusaciones, rumores,*

⁹⁹⁶ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 21 rev. 2, 13 octubre de 1981, párrs. 1-3 Conclusiones.

⁹⁹⁷ Como se apuntó al comienzo, en realidad, el 7 de marzo de 1982 Lucas García entregó el poder, y su Ministro de Defensa, el General Aníbal García, fue elegido presidente el 7 de marzo de 1982. Alegando un fraude electoral, se produjo un nuevo golpe de Estado tomando el poder el General Ríos Montt.

*prohibiciones y restricciones de actividades religiosas, o por la imposición de las PAC – Patrullas de Autodefensa Civil- (...). Hay sin embargo otras parroquias que casi no han conocido hechos de violencia y donde todo está tranquilo”*⁹⁹⁸.

Con todo, probablemente sea el ejemplo más ilustrativo de esta política la conocida como “Masacre de Plan Sánchez”, que catorce años después sería caracterizada en una histórica sentencia de la Corte IDH, en la que el Estado de Guatemala reconoció su responsabilidad internacional por la ejecución de doscientas sesenta y ocho personas. En esta decisión judicial, se resumió lo ocurrido de la siguiente forma:

“El domingo 18 de julio de 1982 era día de mercado en Rabinal. Éste era uno de los días más activos en la cabecera municipal por sus actividades religiosas y comerciales. Los pobladores de las aldeas vecinas pasaban por Plan de Sánchez hacia sus comunidades;

42.16. Aproximadamente a las 8:00 de la mañana del 18 de julio de 1982 fueron lanzadas dos granadas de mortero calibre 105 m.m. en la comunidad Plan de Sánchez, las que cayeron al este y al oeste de la aldea;

42.17. Entre las 2:00 y las 3:00 de la tarde llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 personas compuesto por miembros del ejército, comisionados militares, judiciales, denunciantes civiles y patrulleros, quienes estaban vestidos con uniforme militar y con rifles de asalto. Algunos miembros del comando vigilaban los puntos de entrada y salida a la comunidad, interceptando a los habitantes que regresaban de Rabinal hacia sus comunidades y otros iban de puerta en puerta reuniendo a los pobladores. En ese momento, varias personas lograron esconderse, especialmente los hombres, ya que consideraban que a las mujeres y a los niños y niñas no los perseguirían. Algunos testigos identificaron a los judiciales Francisco Orrego, Carlos Orrego y Santos Rosales y a dos de los oficiales militares a cargo de la patrulla, el Capitán Solares y el Teniente Díaz. Los oficiales pertenecían a la base de Cobán. Algunos miembros del ejército procedían de Concul, Plan de Sánchez y Xococ. Los judiciales eran de Pachalum, Pichec y de Rabinal;

42.18. Las niñas y las mujeres jóvenes fueron llevadas a un lugar, mientras que las mujeres mayores, los hombres y los niños fueron reunidos en otro. Aproximadamente veinte niñas de entre 12 y 20 años de edad fueron llevadas a una casa donde fueron maltratadas, violadas y asesinadas. Los demás niños y niñas fueron apartados y asesinados a golpes;

42.19. Otras personas retenidas fueron obligadas a concentrarse en otra casa y en su patio. Alrededor de las 5:00 de la tarde miembros del comando arrojaron dos granadas de mano al interior de la casa y luego dispararon sus armas de fuego indiscriminadamente contra las personas que allí se encontraban;

42.20. Pobladores de la aldea Plan de Sánchez y comunidades vecinas oyeron disparos de arma de fuego por más de dos horas, hasta las 8:00 de la noche. Después miembros del comando incendiaron la casa y los cuerpos de las personas asesinadas en el patio. El comando permaneció en Plan de Sánchez hasta cerca de las 11:00 de la noche y retornó a Rabinal;

*42.21. Alrededor de 268 personas fueron ejecutadas en la masacre, quienes eran en su mayoría miembros del pueblo maya achí y algunas no indígenas residentes en otras comunidades aledañas como Chípüerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixcabel, Chiac, Concul y Chichupac”*⁹⁹⁹.

⁹⁹⁸ Vid. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA: *Guatemala, nunca Más. Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica*, vol. III, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Guatemala, 1998, cuadro final del capítulo cuarto.

⁹⁹⁹ Vid. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 105, párr. 42.15- 42.21.

Paralelamente, el Ejército implantó más estructuras militarizadas, como las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) -en 1984 contaban ya con alrededor de un millón de hombres-, para consolidar su control sobre la población, buscando, de igual modo, contrarrestar la influencia de la insurgencia y reducir las causas que generaban malestar entre la población. Al tiempo, Ríos Montt, que había condenado los crímenes realizados por los regímenes anteriores, dispuso la creación de los Tribunales de Fuero Especial como un medio para juzgar y castigar a supuestos subversivos. A pesar de decretar un marco legal para dichos tribunales, funcionaron de acuerdo con normas, regulaciones y consignas militares de carácter secreto¹⁰⁰⁰.

Esta medida se vio acompañada de la ley de autoamnistía guatemalteca de 27 de mayo de 1982¹⁰⁰¹; norma que durante su vigencia de treinta días se aplicaba automáticamente a los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado -con o sin condena firme¹⁰⁰²-, mientras que exigía que los integrantes de los grupos guerrilleros debían solicitarla presentándose a la autoridad militar más cercana y entregando sus armas. Como consecuencia de esta situación, fueron amnistiados todos los autores de los crímenes y graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante el gobierno del depuesto General Romeo Lucas García.

Para 1983 ya era evidente la derrota completa del movimiento guerrillero, si bien, tras una nueva medida de amnistía¹⁰⁰³ dirigida exclusivamente a los miembros de “grupos subversivos” no procesados o condenados¹⁰⁰⁴, pero igualmente condicionada a su presentación a unas autoridades civiles o militares sobre los que había más que motivos para desconfiar, el gobierno del General Mejía Víctores (1983-85) continuó con la estrategia anterior, fortaleciendo especialmente la militarización con la expansión e institucionalización de las PAC.

¹⁰⁰⁰ Sobre estos tribunales, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47, 3 de octubre de 1983, Capítulo IV, apartado C.

¹⁰⁰¹ Decreto-Ley 33-82.

¹⁰⁰² Véase artículo 2.

¹⁰⁰³ Decreto-Ley de 23 de marzo de 1983.

¹⁰⁰⁴ Por su peculiaridad en el escenario general de este trabajo, conviene reproducir aquí su contenido: “*Artículo 1. Se concede amnistía por los delitos políticos y comunes conexos en los cuales hubiesen participado como autores o cómplices, las personas que individual o colectivamente formen o hayan formado parte de las facciones subversivas que han venido actuando en forma violenta en contra del orden jurídico y político de la nación, o hubiesen cometido el delito de encubrimiento en relación con tales hechos. Artículo 2. Para que la presente amnistía surta sus efectos en favor de quienes estén comprendidos en el párrafo primero del artículo anterior de la presente ley, es preciso que tales personas cumplan con las siguientes condiciones: que voluntariamente y dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de vigencia de esa ley, se presenten ante las autoridades civiles, es decir, las gobernaciones departamentales o las alcaldías municipales, o ante la autoridad militar más cercana y manifiesten bajo juramento legal que no participarán en lo sucesivo en actividades subversivas de ninguna especie, haciendo en el propio acto entrega de las armas, municiones y demás pertrechos de guerra que tuvieren en donde se encuentren otras depositadas. De toda la diligencia se levantará acta, en la que por su parte la autoridad respectiva en nombre del Gobierno de la República, hará manifestación de respetar la integridad física y la libertad de los presentados, y en ese mismo acto se hará efectiva dicha libertad. De cada acta se entregará copia certificada a los interesados. Cuando se trate de secuestro de personas, los que deseen acogerse a la amnistía deberán entregar sano y salvo al plagiado, además de las armas o elementos que hayan servido para la Comisión del delito, sin exigir ni recibir rescate de ninguna especie. Artículo 3. La presente ley no será aplicable a las personas que se encuentren sujetas a proceso penal ante los tribunales correspondientes ni a aquellas contra quienes, en cualquier caso, se hubiere dictado sentencia condenatoria.*”

Como últimas medidas de su mandato, estando ya en el gobierno en funciones, se aprobaron una serie de decretos que mantenían algunos aspectos principales de su proyecto militar, entre los que cabe destacar, el 10 de enero de 1986, el decreto de amnistía general para delitos políticos y comunes ocurridos entre el 23 de marzo de 1982 y el 14 de septiembre de 1986¹⁰⁰⁵, y el reconocimiento de las PAC como órganos civiles a cargo del Ministerio de Defensa¹⁰⁰⁶.

El resultado de estas tres etapas en lo que aquí concierne, se resume en una estimación de más de doscientos mil muertos y/o desaparecidos, en la atribución del noventa y tres por ciento de los casos documentados al Estado guatemalteco y el tres por ciento a la guerrilla, según la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH),¹⁰⁰⁷ o casi el noventa y uno y poco más del nueve por ciento, respectivamente, para el Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica¹⁰⁰⁸, y en la conclusión de que en Guatemala, junto a otros crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos, se perpetró un genocidio contra la comunidad maya. Hechos, todos ellos, que se mantenían en una impunidad, fáctica y jurídica, casi absoluta.

Este escenario es el que han de enfrentar las nuevas autoridades guatemaltecas salidas de las primeras elecciones constitucionales de finales de 1985. Los antecedentes de esta cita electoral se podrían situar en el desgaste vivido por las acciones de los regímenes militares durante los años pasados, la situación económica, y la nueva actitud de las élites del sector privado del país; circunstancias que obligarían a la administración

¹⁰⁰⁵ Decreto-Ley 8-86. A diferencia de las autoamnistías anteriores, ésta se aplicaba tanto a particulares como a agentes del gobierno, sospechosos o procesados; pudiendo invocarla tanto el tribunal como el acusado ante cualquier acción judicial.

¹⁰⁰⁶ Decreto-Ley 19-86.

¹⁰⁰⁷ En concreto, la CEH registró un total de cuarenta y dos mil doscientas setenta y cinco víctimas, incluyendo hombres, mujeres y niños. De ellas, veintitrés mil seiscientos setenta y una corresponden a víctimas de ejecuciones arbitrarias, y seis mil ciento cincuenta y nueve a víctimas de desaparición forzada. De las víctimas plenamente identificadas, el ochenta y tres por ciento eran mayas, y el diecisiete ladinos. En cuanto a la atribución de estos hechos, la CEH señala que sólo el cuatro por ciento no ha podido establecerse con claridad.

¹⁰⁰⁸ El Proyecto de Recuperación de la Memoria Histórica de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, más conocido como Proyecto o Informe REMHI, recogió cinco mil ciento ochenta testimonios sobre la base de los cuales documentó catorce mil doscientos noventa y un hechos, y cincuenta y cinco mil veintiuna víctimas de violaciones de los derechos humanos y crímenes de derecho internacional. Las muertes, individuales y colectivas, fueron los hechos más denunciados: seis mil ciento cuarenta y seis hechos y veinticinco mil ciento veintitrés víctimas (cuarenta y seis por ciento). Las otras víctimas de la violencia fueron: ocho mil seiscientos setenta y cinco personas que fueron amenazadas (dieciséis por ciento) y cinco mil cuatrocientas noventa y siete víctimas de atentados (diez por ciento), cinco mil quinientas dieciséis de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (diez por ciento), cinco mil setenta y nueve detenciones irregulares (nuevo con dos por ciento); tres mil ochocientos noventa y tres víctimas de desapariciones forzadas (siete punto uno por ciento); setecientos veintitrés secuestrados que aparecieron vivos posteriormente (uno punto tres por ciento); ciento cincuenta y dos víctimas registradas de violaciones sexuales (si bien, señala el informe, este dato infravalora la realidad). Como dato significativo cabe mencionar que el que fuera gran impulsor de este proyecto, Monseñor Juan José Gerardi, fue asesinado dos días después de la presentación pública del mismo, el 24 de abril de 1998; continuando hoy en día en la impunidad los responsables de su muerte.

Mejía Vítores a iniciar un proceso constituyente que culminaría con la Carta Magna de 1985 y las consiguientes elecciones generales. Así, algunos autores consideran el período comprendido entre 1982 y 1986 como un primer proceso de transición en Guatemala¹⁰⁰⁹, cuyo final podría situarse en la llegada al poder de Cerezo Arévalo. En mi opinión, sin embargo, tal y como se explicó, la mera convocatoria y materialización de elecciones no resulta un elemento relevante para determinar el fin de una transición, si al mismo no le acompaña un proceso de cambio del conjunto de valores, normas, comportamientos, instituciones y reglas que regían la vida durante el anterior régimen no democrático; y en este sentido debe recordarse que pese a su apariencia democrática, las nuevas autoridades reconocían abiertamente que deberían gobernar junto a unos militares que aún mantenían un alto grado de represión y un control casi absoluto sobre la autoridad civil.

De este modo, sólo podría convenirse en la consideración, en cierto modo, del final gobierno de Mejía Vítores como iniciador de un lento y largo proceso de transición; pero en ningún caso resulta adecuado establecer 1986 como el final de la transición en los términos en que aquí se defienden.

En este orden de ideas, tanto la mayoría de los trabajos que abordan esta cuestión como los caracteres que se han mencionado en el Capítulo anterior apuntarían a los desarrollos habidos a partir de 1986 como comienzo del complejo proceso de transición guatemalteco; pudiendo escogerse como punto concreto de inicio, probablemente el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica¹⁰¹⁰, y su firma, proclamada en la Declaración de Esquipulas¹⁰¹¹, por parte de todas las Repúblicas centroamericanas. No obstante, el posterior Acuerdo de Esquipulas II¹⁰¹² suele identificarse como momento a partir del cual Guatemala empezó a dirigirse, en términos efectivos, hacia un auténtico proceso de transición bajo la fórmula conocida como “concertación”; resultando consecuencia inmediata del mismo la creación de la Comisión Nacional de Reconciliación.

Ciertamente, el contenido de estos documentos distaba mucho de la real situación que aún atravesaban todos estos Estados, pero en los mismos se marca un cierto cambio de sensibilidad y enfoque para afrontar el fin de los conflictos y la represión que asolaban el Istmo; conformándose como puntos esenciales el establecimiento de procedimientos de negociación, la necesidad de la democratización y

¹⁰⁰⁹ Cfr. MCCLEARY, R. M.: *Dictating Democracy...*, *op. cit.*, págs. 26-66.

¹⁰¹⁰ Hecha en la Ciudad de Panamá el 6 de junio de 1986. Puede consultarse su contenido en PELÁEZ PONCE, A. V. (ed.): *Acuerdos de Paz firmados por la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Guatemalteca (URNG)*, Universidad Rafael Landívar – Misión de Verificación de las Naciones Unidas, Guatemala, 1997, págs. 15-52. También existe una versión electrónica en <http://www.acnur.org/biblioteca>.

¹⁰¹¹ Realizada en la ciudad guatemalteca de Esquipulas el 5 de mayo de 1986. El texto de la declaración puede encontrarse en *ibid.*, págs. 11-14.

¹⁰¹² Declaración suscrita en Guatemala el 7 de agosto de 1987. Puede consultarse su contenido en *ibid.*, págs. 53-62. Resulta también preciso mencionar el anterior Plan de Paz para Centroamérica de 15 de febrero de 1987, propuesto por el Dr. Oscar Arias Sánchez, presidente de la República de Costa Rica, a los presidentes de El Salvador, Guatemala y Honduras; cuya influencia en este proceso es indudable.

la búsqueda de salidas políticas. Las Fuerzas Armadas guatemaltecas, sin embargo, calificaron como inaplicables esos principios para el país, mostrando un total desinterés por toda negociación con una guerrilla a la que, desde sus interpretaciones, aún había que aniquilar. Esta circunstancia, pese a los distintos contactos entre el gobierno y la URNG, postergó toda posible iniciativa exitosa hasta inicios del decenio de 1990.

En este intervalo temporal el nivel de violencia descendió sin llegar nunca a desaparecer¹⁰¹³, y la presión, poder e influencia de las Fuerzas Armadas continuaron inquebrantables, como demuestran los varios intentos de golpe de Estado de 1987, 1988 y 1989 – que inaugurarían la técnica conocida como “golpes de Estado técnicos”, movimientos de presión que sin romper el orden constitucional *obligaban* al Gobierno a ceder en torno a sus demandas-, o la ampliación de la amnistía del gobierno Mejía Víctores en octubre 1987¹⁰¹⁴ -también fundamentada en el contenido del Acuerdo de Esquipulas II¹⁰¹⁵-. Frente a todo ello, una frágil democracia lograba llevar a la justicia –de forma más aparente que real- a los primeros militares, de baja graduación, por los casos Devine¹⁰¹⁶ y Myrna Mack¹⁰¹⁷, al tiempo que padecía un nuevo, aunque efímero¹⁰¹⁸,

¹⁰¹³ Resulta interesante consultar en este sentido, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Experto independiente de las Naciones Unidas, Sr. Christian Tomuschat, sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1992/5, 21 de enero de 1992; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 59/01, Remigio Domingo Morales y Rafael Sánchez; 10.627 Pedro Tau Cac, Guatemala, caso 10.626; José María Ixcaya Pixtay y otros, Guatemala, caso 11.198(a); Catalino Chochoy, José corino Thesen y Abelino Baycaj, Guatemala, caso 10.799; Juan Galicia Hernández, Andrés Abelino Galicia Gutiérrez y Orlando Adeldo Galicia Gutiérrez, Guatemala, caso 10.751; Antulio Delgado, Guatemala, caso 10.901”, 7 de abril de 2001.

¹⁰¹⁴ Decreto-Ley número 71-87. Resulta interesante subrayar que según su artículo 4.2 las oficinas públicas no podrían preparar ninguna lista o registro de las personas amnistiadas por este decreto.

¹⁰¹⁵ En el punto 1 b) de este Acuerdo se preveía: “En cada país centroamericano, salvo en aquellos en donde la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento determine que no es necesario, se emitirán decretos de amnistía que deberán establecer todas las disposiciones que garanticen la inviolabilidad de la vida, la libertad en todas sus formas, los bienes materiales y la seguridad de las personas a quienes sean aplicables dichos decretos. Simultáneamente a la emisión de los decretos de amnistía, las fuerzas irregulares del respectivo país, deberán poner en libertad a todas aquellas personas que se encuentren en su poder.”

¹⁰¹⁶ El 8 de junio de 1990 fue asesinado en Poptún, Petén, el estadounidense Michael Devine, lo que provocó que la embajada de su país presionara para lograr una investigación del crimen. El Capitán Hugo Contreras y nueve soldados fueron inculcados, así como dos Coroneles, Roberto García Catalán y Guillermo Portillo Gómez. Sin embargo, Contreras y los dos Coroneles fueron sobreseídos por un juez militar. En enero de 1992, una Corte de Apelación ordenó el nuevo enjuiciamiento del Capitán Contreras. Tres meses después, cuatro de los nueve soldados procesados acusaron a los otros cinco de haberlo ejecutado y a Contreras de haberlo ordenado. Pese a las evidencias contra ellos, los Coroneles no fueron procesados. Para más datos, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 16 rev., 1 de junio de 1993, capítulo II, El procesamiento de violadores a los derechos humanos durante la administración del Presidente Serrano.

¹⁰¹⁷ El asesinato de la antropóloga Myrna Mack, en septiembre de 1990, mientras trabajaba en las condiciones de la población desplazada, se convirtió en un icono de lucha contra la impunidad y en pro de la justicia con el paso del tiempo. En su causa se condensaron la inmensa mayoría de las dificultades para lograr un enjuiciamiento en este país. Sin perjuicio de lo que se comentará más adelante, puede consultarse un interesante y detallado estudio sobre el tratamiento de este caso en la justicia guatemalteca en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los

autogolpe de Estado en 1993 durante la presidencia del sucesor de Cerezo Arévalo, Serrano Elías.

Durante los gobiernos de León Carpio, nombrado por el Congreso de la República el 6 de junio de 1993, y Arzú Irigoyen, elegido en las elecciones de enero 1996, se inició la fase definitiva del proceso de transición, esfuerzo en el que la Comunidad Internacional se implicó decididamente. Ya en julio de 1994, León Carpio anunciaría la iniciativa “Propuesta para el reinicio del proceso de Paz”, en la cual se solicitaba la moderación de la OEA y la ONU. De entre las iniciativas adoptadas por estas organizaciones ha de subrayarse, sobre todo, la Misión de las Naciones Unidas de Verificación de Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA), establecida por la Resolución 48/267 de la Asamblea General de la ONU, de 19 de septiembre de 1994, encargada inicialmente de verificar el proceso general de paz, y a partir de diciembre de 1996, de supervisar el cumplimiento de los diversos acuerdos de paz. Las Fuerzas Armadas, manteniendo su posición de dominio, se vieron empujadas por la distinta coyuntura nacional e internacional a aceptar estos pasos a cambio de mantener muchas de sus prerrogativas¹⁰¹⁹.

De este modo, entre los años 1994-1996 se logró la firma de una serie de Acuerdos de Paz que concluiría con el Acuerdo de paz firme y duradera, el 29 de diciembre de 1996¹⁰²⁰.

derechos humanos en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 16 rev., 1 de junio de 1993, capítulo II, Análisis en profundidad de los obstáculos que enfrenta la justicia guatemalteca, ejemplificados por el caso del asesinato de Myrna Mack. Resulta también pertinente consultar la decisión de la Corte en este causa: *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 101.

¹⁰¹⁸ Una vez más, la (en este caso) falta de apoyo del conjunto de las Fuerzas Armadas y de otro actor fundamental en todo el devenir reseñado, los Estados Unidos de América, decidieron la corta vida del nuevo régimen auto impuesto.

¹⁰¹⁹ En este sentido, con buen criterio afirma Diamint que: “*The upsurge in political democracy in Guatemala is more the result of a collapse of authority than a reordering of the republic's armed forces.*” Vid. DIAMINT, R.: “*Civilians and...*”, *op. cit.*, pág. 18. Como recuerda la CEH, junto a la situación interna el cambio en la situación internacional decidió definitivamente el camino a seguir. Así, se subraya: “*En el plano internacional, el proceso de disolución del mundo socialista a partir de agosto de 1989 y la ofensiva militar del FMLN durante el mes de noviembre en El Salvador que demostró una situación que fue definida de empate militar, la invasión de las tropas estadounidenses a Panamá en diciembre de 1989 para derrocar al general Manuel Antonio Noriega y pocos meses después, en febrero de 1990, la pérdida de las elecciones del FSLN en Nicaragua ante la oposición unificada, fueron hechos políticos que abrieron camino a las soluciones negociadas en la medida que se percibió que se alejaba la amenaza comunista. En consecuencia, el tema de la paz comenzó a ser motivo de debate público.*” Vid. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Causas del Enfrentamiento...*, *op. cit.*, párr. 480.

¹⁰²⁰ Los Acuerdos firmados entre 1994 y 1996 son, en orden de cronológico: Acuerdo marco para la reanudación del proceso de negociación entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, hecho en México D.F., el 10 de enero de 1994; Acuerdo global sobre derechos humanos, realizado en México D.F., el 29 de marzo de 1994; Acuerdo para el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado, hecho en Oslo el 17 de junio de 1994; Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos, y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, realizado en Oslo el 23 de junio de 1994; Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, hecho en México D.F., el 31 de marzo de 1995; Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria, realizado en México D.F., el 6 de mayo de 1996; Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función

Los Acuerdos de Paz contienen una muy diversa y compleja serie de compromisos –en concreto alrededor de trescientos- que marcan (o debían marcar) las pautas a seguir en la etapa final de la transición; teniendo que destacar, con relación al objeto de este trabajo, las siguientes medidas concertadas:

En lo relativo al castigo de los responsables de los crímenes de derecho internacional y de las violaciones a los derechos humanos, ya algunas disposiciones de los Acuerdos de Paz¹⁰²¹ anunciaban el contenido de la posterior Ley de Reconciliación Nacional, aprobada el 27 de diciembre de 1996¹⁰²². Esta disposición, que en esencia es una amplia amnistía para los delitos cometidos durante el “enfrentamiento armado”, establece en su artículo 8 que:

“La extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de 12 responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.”

En este orden de ideas, en el informe final de la CEH¹⁰²³ -establecida sobre la base del ya referido Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos, y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca-, la Comisión recomendaba:

del ejército en una sociedad democrática, hecho México D.F., el 19 de septiembre de 1996; Acuerdo sobre el definitivo cese al fuego, realizado en Oslo el 4 de diciembre de 1996; Acuerdo sobre reformas constitucionales y régimen electoral, hecho en Estocolmo el 7 de diciembre de 1996; Acuerdo sobre bases para la incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la legalidad, realizado en Madrid el 12 de diciembre de 1996; Acuerdo sobre cronograma para la implementación, cumplimiento y verificación de los acuerdos de paz, hecho en Guatemala el 29 de diciembre de 1996; y Acuerdo de paz firme y duradera, realizado en Guatemala el 29 de diciembre de 1996. Los textos de todos estos documentos pueden consultarse en PELÁEZ PONCE, A. V. (ed.): *Acuerdos de Paz firmados...*, op. cit. Existe también una versión electrónica en http://www.congreso.gob.gt/gt/acuerdos_de_paz.asp.

¹⁰²¹ Así por ejemplo, en el artículo 20 del Acuerdo sobre bases para la incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la legalidad, se declara: “Con miras a favorecer la reconciliación nacional, sin desatender de combatir la impunidad, la Ley de Reconciliación Nacional incluirá una figura legal que permita la incorporación de los miembros de la URNG a la legalidad.” Por su parte, el artículo 23 dispone: “Para quienes por mandato institucional estuvieron involucrados en el enfrentamiento armado interno, la Ley de Reconciliación Nacional contendrá disposiciones específicas y equivalentes a las anteriores, en el sentido de que declararán la extinción de la responsabilidad penal por los delitos comunes perpetrados con la finalidad de impedir, frustrar, reprimir o sancionar la comisión de delitos políticos y comunes conexos, cuando directa, objetiva, intencional y causalmente tengan relación con dicha finalidad, siempre que no fuere probado que no existe relación entre el hecho delictivo y la finalidad preceptuada.”

¹⁰²² Decreto número 145-1996. Para un estudio detallado de las misma, RAMÍREZ, W.: *Amnistía y Constitución. Ley de...*, op. cit.

¹⁰²³ Pese a la gran labor y relevancia de este organismo, no cabe duda de que desde la perspectiva de este análisis habría que situar su sustento jurídico en el derecho a la verdad; circunstancia por la que en este trabajo no se analiza ni su composición, funcionamiento, o resultados, en tanto que, como ya se explicó, en mi opinión no existe en la actualidad un auténtico derecho, y consiguiente deber, en este sentido.

“Que los poderes del Estado cumplan y hagan cumplir en todos sus términos y en relación con el resto del ordenamiento jurídico guatemalteco la Ley de Reconciliación Nacional, persiguiendo, enjuiciando y castigando los delitos cuya responsabilidad penal no se extingue en virtud de dicha ley...”¹⁰²⁴.

Desde la aprobación de la disposición referida, la falta de obstáculos legales para hacer efectiva la sanción de los crímenes de derecho internacional cometidos ha contrastado con un sinnúmero de dificultades fácticas que, a la postre, han imposibilitado prácticamente toda acción judicial. Así, con muy pocas excepciones¹⁰²⁵, la impunidad ha sido la regla general, situación en la que la falta de cooperación, las amenazas, los ataques, las presiones, las intimidaciones, y en general, el poder que aún retienen las Fuerzas Armadas guatemaltecas ha sido, más que probablemente, el factor explicativo más claro.

Tal y como advertía MINUGUA, siete años después de los Acuerdos de Paz:

“El Gobierno no ha logrado grandes avances con relación al compromiso de terminar con la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes cometidos durante el enfrentamiento armado interno y descritos por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (A/53/928, anexo). Muchos de estos casos hacen referencia a masacres, tales como las cometidas en Dos Eres (178 civiles fueron torturados y asesinados durante tres días por una patrulla del ejército en 1982); Río Negro (70 mujeres y 107 niños fueron asesinados por soldados y patrulleros en 1982); El Aguacate (21 civiles fueron asesinados por una patrulla de la guerrilla en 1988); y Cuarto Pueblo (400 habitantes del pueblo fueron asesinados por el ejército en 1982). Otros casos hacen referencia al asesinato o desaparición forzada de activistas de derechos humanos y figuras políticas, tales como Myrna Mack (1990); Epaminondas González Dubón (1994); Jorge Carpio, candidato presidencial asesinado durante la campaña política de 1995; Manuel Saquic, pastor evangélico y coordinador de derechos humanos (1995); y Monseñor Juan José Gerardi (1998). Otros casos más recientes como la desaparición en 2001 de la profesora universitaria y ex miembro de la URNG Mayra Gutiérrez, y el asesinato de la hermana Bárbara Ann Ford, miembro de una orden religiosa que trabajaba en un proyecto de salud mental en comunidades indígenas, tampoco han sido resueltos. (...) 51. La impunidad en Guatemala está directamente relacionada con la debilidad administrativa y decisoria de las instituciones de derecho arriba descritas, con la ausencia de interés o deseo por parte de las autoridades estatales de investigar o procesar y con amenazas, actos de intimidación, corrupción y asesinato, particularmente en los casos en que hay acusados que son militares, para debilitar los casos. La impunidad no puede solventarse sin importantes cambios en la policía, el Ministerio Público y el poder judicial. La experiencia acumulada en otras sociedades que han salido de conflictos también indica que, sin programas de reforma encaminadas en el mismo sentido en todas las instituciones del sector justicia, no habrá mejoras perceptibles en la reducción de la criminalidad, la corrupción y la impunidad”¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ Vid. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Conclusiones y...*, op. cit., Recomendaciones, párr. 47.

¹⁰²⁵ Véase, en sentido, el trabajo de una valiente experta y activista implicada en muchos de ellos, KEMP, S.: “The inter-relationship between the Guatemalan Commission for...”, op. cit.

¹⁰²⁶ Vid. MISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE VERIFICACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA: “Decimocuarto informe sobre derechos humanos de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala. (julio de 2002 - junio de 2003)”, noviembre de 2003, párrs. 49 y 51.

En pocas palabras, como ha concluido un gran conocedor de la realidad guatemalteca: *“The real problem in Guatemala is how to control the power of the military. Despite having an elected government, Guatemala is an absolutely militarised society”*¹⁰²⁷.

Por citar un solo caso que ejemplifique lo anterior, el ya referido caso de Myrna Mack resulta especialmente ilustrativo, y es que tras más de catorce años de continua lucha judicial, la consecución en el 2004 de la condena del Coronel Valencia Osorio como autor intelectual del crimen¹⁰²⁸ se vio rápidamente oscurecida por su fuga antes de ser detenido; fuga que fue totalmente facilitada por una patrulla militar.

Esta realidad ha impulsado acciones judiciales en otros Estados del mundo -señaladamente las ya mencionadas en España por cargos de genocidio- que aunque han servido de importante estímulo a diversos sectores sociales guatemaltecos, sólo han supuesto un limitado cambio de actitud en las autoridades guatemaltecas. Así, pese a la aparente buena disposición de la actual administración Berger, todo hace suponer que la consiguiente Comisión Rogatoria que se enviará tras la decisión del Tribunal Constitucional de España, encontrará un rosario de obstáculos para lograr la necesaria colaboración oficial, cuando no la simple denegación de ésta.

En resumen, todo parece indicar que continúa manteniéndose el esquema general que retratara la Corte IDH en el *caso Carpio Nicolle* de 2004:

*“... la Corte estima que en el proceso interno del presente caso hubo una obstrucción continua de las investigaciones por parte de agentes del Estado y de los llamados “grupos paralelos” en el poder, así como una falta de diligencia en el desarrollo de las investigaciones, todo lo cual ha determinado que hasta ahora exista impunidad total respecto de los hechos ocurridos el 3 de julio de 1993 (...). Todo ello se ha visto acompañado de constantes amenazas y actos intimidatorios a los familiares, testigos y operadores de justicia”*¹⁰²⁹.

En el capítulo de las reparaciones debidas a las víctimas, resulta oportuno comenzar advirtiendo que la ausencia de sanciones penales, y consiguientes responsabilidades civiles, también ha activado procesos judiciales en terceros Estados a través de los mecanismos ya descritos. Éste fue, por ejemplo, el caso del General Héctor Alejandro Gramajo -antiguo Ministro de Defensa del país-, juzgado en los Estados Unidos de América por nueve casos de tortura y ejecución extrajudicial, y condenado a pagar una indemnización a sus familiares de cuarenta y siete millones de dólares -cuatro millones y medio de dólares en concepto de daños punitivos¹⁰³⁰-.

En todo caso, la práctica ausencia de acciones judiciales internas efectivas obliga a poner exclusiva atención en el Programa Nacional de Reparación recomendado por la CEH; iniciativa que según este organismo, debiera haber contenido: a) medidas de restitución material para restablecer, en lo posible, la situación existente antes de la

¹⁰²⁷ Vid. LA RUE, F.: “The Right to Truth in Central...”, *op. cit.*, pág. 80.

¹⁰²⁸ Véase Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Guatemala en el Recurso de Casación conexados 109-2003 y 110-2003, 14 de enero de 2004.

¹⁰²⁹ Vid. *Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, sentencia de 22 de Noviembre de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 117*, párr. 78.

¹⁰³⁰ Los documentos de esta causa pueden encontrarse en <http://www.u-j.info>.

violación; b) medidas de indemnización o compensación económica de los más graves daños y perjuicios como consecuencia directa de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario; c) medidas de rehabilitación y reparación psicosocial que incluyan, entre otras, la atención médica y de salud mental comunitaria, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales; y d) medidas de satisfacción y dignificación individual que incluyan acciones de reparación moral y simbólica¹⁰³¹.

Pese a lo ambicioso de estas disposiciones, y del mismo informe de la CEH, la realidad ha distado mucho de lo pretendido en estas recomendaciones. Con las excepciones de la creación de la Comisión Nacional de Resarcimiento, los sesenta y un proyectos piloto de reparaciones que la Secretaría de la Paz coordinó durante el mandato del Presidente Portillo (2000–2004), o algunas medidas en el campo de la satisfacción, la puesta en práctica de este programa de reparación no ha comenzado hasta el año 2005, con un procedimiento inicial de registro de las víctimas.

De este modo, en lo referido específicamente a las reparaciones en el sentido aquí manejado, ha de sostenerse que junto a la lentitud en su desarrollo, el ámbito a cubrir por el Programa, definido en el Acuerdo en el Gubernativo 43-2005, ha sido igualmente decepcionante, quedando excluidas tras la modificación de su artículo 3 todas las víctimas del crimen de genocidio.

En conclusión, tal y como señaló la Comisión IDH:

“La Comisión ve con preocupación la ausencia de voluntad política demostrada en torno al Programa Nacional de Resarcimiento, que se manifiesta en el hecho de que a tantos años de la firma de los Acuerdos de Paz aún no se haya resarcido efectivamente, individual y colectivamente, a las víctimas indígenas¹⁰³² del conflicto armado, y prestará especial atención a la implementación del Programa Nacional de Resarcimiento”¹⁰³³.

En este orden de ideas, conviene terminar mencionando que todo el procedimiento se ha visto también dificultado por el accionar de los antiguos miembros de las PAC -oficialmente disueltos en los Acuerdos de Paz de 1996-, que desde 2002 han venido realizando diversas movilizaciones –pacíficas las menos- para exigir una compensación económica por su labor de apoyo al Ejército, tanto para ellos como para los familiares de aquéllos que murieron durante el llamado conflicto armado. Atendiendo a estas demandas, durante la administración de Portillo se realizó un primer pago parcial que no se ha completado por la impugnación presentada por diversas organizaciones de derechos humanos ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Como muestra de la gravedad que está alcanzando la situación, basta señalar que en marzo del 2005, cuando la Corte iba a resolver la última impugnación presentada, miembros de las antiguas PAC rodearon la sede del tribunal, obligando a

¹⁰³¹ Cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Conclusiones y...*, op. cit., Recomendaciones, párr. 9.

¹⁰³² Esta conclusión pudiera pensarse como muy específica, pero junto a lo mencionado no debe olvidarse que alrededor del ochenta y tres por ciento de las víctimas documentadas pertenecían a la etnia maya.

¹⁰³³ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.118 doc. 5 rev. 1, 29 diciembre 2003, capítulo IV, párr. 252.

los magistrados a solicitar un *habeas corpus* a su favor y refugiarse en un hotel para poder emitir una resolución. Ante la negativa a declarar constitucional la compensación a los exPACs, la solución ideada por el gobierno, a través de la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia, fue incluir a estos sujetos en un plan denominado “Reverdecer Guatemala”, mediante el cual recibirán –ellos sí– una remuneración a cambio de la reforestación de una serie de áreas del país.

2.a. 2) Honduras.

La transición hondureña es con diferencia la menos estudiada de los casos centroamericanos¹⁰³⁴; carencia que puede explicarse atendiendo, de un lado, a las particularidades de su proceso de transición, que aunque formalmente iniciado a finales de la década de 1970-principios de 1980, no adquirió verdadera carta de naturaleza hasta entrado en decenio de 1990; del otro, el comparativamente reducido número de víctimas documentadas le restó un protagonismo que claramente demandaban otras situaciones padecidas en la región.

¹⁰³⁴ Para la elaboración del presente resumen se han utilizado los siguientes trabajos –que pueden ser consultados para ampliar cualquier información: AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Honduras, Civilian Authority - Military Power, Human rights violations in the 1980s*, Amnesty International Publications, Londres, 1988, así como, HONDURAS. *Persistencia de las violaciones de derechos humanos*, EDAI, Madrid, 1991; ARANCIBIA CORDOVA, J.: “La democracia en Honduras: Balance y perspectiva”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina. Actualidad y Perspectivas*, Editorial Complutense, 1992; BOYER, J. C.: “Democratización y militarización en Honduras: Consecuencias de la guerra de la “Contra””, y GUZMÁN, J. O. y PORTILLO, M. A.: “Honduras: El ajuste estructural, eje económico de la década de los noventa”, en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en...*, *op. cit.*; COLINDRES, R. (dir.): *Enciclopedia histórica de Honduras*, tomos 10 y 11: *Guerra civil y paz autoritaria, Gobiernos contemporáneos*, Graficentro, Tegucigalpa, 1989; COMISIONADO NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: *Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras...*, *op. cit.*; DURÁN, J. R.: “Honduras: El país durante la guerra y en el proceso de paz de Esquipulas”, y AZCONA HOYO, J. S.: “Después de haber logrado la paz, hemos retrocedido en el desarrollo social”, en ORDÓÑEZ, J. y GAMBOA, N. (eds.): *Esquipulas, diez años después. ¿Hacia dónde va Centroamérica?*, Hombres de Maíz – Asociación Centroamericana de Comunicación para el Desarrollo Humano, San José, 1997; LANZA VALLADARES, L. y PEACOCK, S. C.: *In Search of Hidden Truths: An Interim Report on Declassification by the National Commissioner for Human Rights in Honduras*, Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, Tegucigalpa, 1996; LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past...*, *op. cit.*, en especial su capítulo 5: “Honduras, Justice in semi-transition”; LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, en especial su capítulo 12: “From an impossible to a Possible Democratic Game: Argentina”, en; MEJÍA, T.: “La experiencia de Honduras en la resolución alternativa de conflictos y la construcción de consensos”, en ÁLVAREZ, O. (ed.): *América Central: del conflicto a la negociación y el consenso*, Universidad para la Paz, San José, 1999; MORRIS, J. A.: *Honduras: Caudillo Politics and Military Rulers*, Westview Press, Boulder, 1984; NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad...”, *op. cit.*, en especial págs. 60-65; SALOMÓN, L.: *La Violencia en Honduras 1980-1993*, Centro de Documentación de Honduras, Tegucigalpa, 1993, así como *Poder Civil y Fuerzas armadas en Honduras*, CEDOH-CRIES, Tegucigalpa, 1997; SIEDER, R.: “Políticas de guerra...”, *op. cit.* En el desarrollo posterior de este repaso a la transición hondureña no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

No obstante, su análisis resulta interesante por varios motivos: En primer lugar, el proceso de transición de Honduras es un excelente ejemplo de la pertinencia de manejar un concepto de transición amplio, tal y como aquí se defiende; siendo que una visión más clásica o restringida no podría dar respuesta a una transición que se mantuvo en suspenso pese al final del régimen autoritario y la sucesión de gobiernos formalmente democráticos. Este hecho, además, permite observar muchas de las peculiaridades propias de la experiencia iberoamericana, identificándose los más destacados casos de violencia y represión durante el mandato de presidentes democráticos que gobernaban completamente supeditados al control de los miembros de las Fuerzas Armadas. Finalmente, las medidas adoptadas durante la transición hondureña respecto a los crímenes de derecho internacional posibilitan algunas reflexiones posteriores sobre la relación entre éstas y los problemas cuantitativos apuntados.

Como punto de partida conviene tener presente que desde su independencia, Honduras se ha visto sacudida por casi trescientas rebeliones internas, guerras civiles y cambios del gobierno, más de la mitad de ellos durante el siglo XX. De entre todos ellos, el golpe de Estado de octubre de 1956, y la toma del poder por la Junta Militar de Gobierno del General Rodríguez Herrera, el Coronel Caraccioli, y el Mayor Gálvez Barnes, supuso el concluyente anuncio de una intervención de las Fuerzas Armadas en la vida política hondureña que, aun mitigada, se ha mantenido prácticamente intacta hasta hace pocos años. La convocatoria de elecciones a finales de 1957, y la posterior elección de Villena Morales como Presidente Constitucional, no alteraría el modelo establecido: El nuevo régimen democrático tan sólo se mantendría hasta 1963, año en que el Coronel López Arellano daría un nuevo golpe de Estado, estableciendo de modo definitivo a las Fuerzas Armadas como centro del poder real del país y única vía posible para toda actividad política, social o económica.

El gobierno de López Arellano se mantendría bajo diversas fórmulas legales hasta junio de 1971; período durante el que estallaría el enfrentamiento bélico entre El Salvador y Honduras, generalmente conocido como la “guerra del fútbol”¹⁰³⁵. Unas nuevas elecciones, y apenas un año y medio de presidencia del electo Cruz Úcles, tendrían como respuesta otro golpe de Estado del ahora General (y ahora reformista)

¹⁰³⁵ El 14 de julio de 1969 El Salvador atacó e invadió el territorio hondureño dando comienzo a un breve, aunque sangriento enfrentamiento armado —se estiman entre mil y cinco mil víctimas—, cuyas causas se han situado en la endémica disputa territorial entre ambos Estados, la explosiva situación social, la expulsión de gran parte de la inmigración de ciudadanos salvadoreños, la crisis —cuya muerte certificó este conflicto— del Mercado Común Centroamericano, y el deseo de los militares gobernantes en ambos países de desviar la atención de sus problemas internos. La intervención de la OEA lograría un alto el fuego el 20 de julio de 1969; retirándose las tropas salvadoreñas de los más de mil seiscientos kilómetros cuadrados ocupados en agosto de ese mismo año. Por acuerdo entre las dos naciones en 1980, la disputa territorial de fondo sería llevada ante la CIJ, que resolvería la controversia definitivamente en 1992 con su sentencia en el *asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador v. Honduras: Nicaragua interviniente)* (*El Salvador v. Honduras*), I.C.J. Reports 1992 (menciónese que, ya procesalmente acabada la controversia, sería igualmente desestimada la demanda de revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (*El Salvador v. Honduras: Nicaragua interviniente)* (*El Salvador v. Honduras*), I.C.J. Reports 2002).

López Arellano, quien mezclado en turbios asuntos con la *United Brands* -sucesora de la tristemente célebre *United Fruit Company*-, es decir, implicado en el popularmente conocido como caso “Bananagate”, fue sustituido mediante otra suerte de golpe de Estado por el conservador Coronel Melgar Castro en 1974. El gobierno de Melgar Castro concluiría en 1978, cuando fue cesado colocándose al frente del país una Junta Militar presidida por el Jefe de las Fuerzas Armadas, General Paz García. La actuación posterior de esta Junta, presionada tanto interna como externamente¹⁰³⁶, marcaría lo que para algunos autores puede estimarse ya como un proceso de transición, cuyos puntos definitorios serían la celebración de elecciones en 1980 y 1981, así como el texto constitucional -de clara inspiración español- de 1982¹⁰³⁷.

A este respecto, se ha señalado que mientras que la victoria en las primeras selecciones del mismo General Paz García dificultaría la calificación de este hecho como paso definitivo en la transición, la elección de Suazo Córdova, también del partido liberal, en enero de 1982, se conformaría como momento de materialización de la misma¹⁰³⁸.

Ahora bien, como en el caso de Guatemala, a mi entender resulta inadecuado considerar el año 1982 como fecha clave en la evaluación del proceso de transición hondureño; y es que no ha de olvidarse que precisamente en el decenio de 1980 –y muy especialmente entre 1980 y 1984- fue cuando se detectaron los episodios más graves de violencia y represión –torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, etc.- acompañados de una evidente debilidad, cuando no complicidad, de las autoridades civiles frente a un estamento militar en continuo crecimiento y expansión. Así, mientras que en las etapas anteriores se identificó a los obreros y campesinado organizados como objetivo prioritario de la acción represiva del Estado –con incidentes de notable entidad como “la matanza de Horcones” o la “masacre de Olancho”- a partir esencialmente de la caída de Somoza en Nicaragua –y de la llegada de Reagan a Casa Blanca-, Honduras se convirtió en un escenario más del enfrentamiento de la Guerra Fría, siendo escogido por los Estados Unidos de América como base de entrenamiento de “unidades contra insurgencia” salvadoreñas y guatemaltecas, así como plataforma para las acciones de la “Contra” en Nicaragua¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ En realidad, las presiones internas fueron bastante limitadas, tomando mayor protagonismo las exigencias de la administración Carter de crear gobiernos civiles bajo formas democráticas de elección para frenar el desarrollo de una revolución comunista en la región.

¹⁰³⁷ La Constitución de 11 de enero de 1982 consignaba, en su artículo 1, que “*Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social*”; situando, o confirmando, al presidente democráticamente elegido como Comandante General de las Fuerzas Armadas, a tenor de su artículo 245.16.

¹⁰³⁸ Cfr. LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past...*, *op. cit.*, pág. 127; SALOMÓN, L.: *La Violencia en Honduras...*, *op. cit.*, pág. 35;

¹⁰³⁹ Respecto a la actuación contra Nicaragua, y aun siendo una alegación de parte, resulta de relevancia, tanto el hecho como la lectura de la demanda presentada por este país ante la CIJ en 1986 –posteriormente retirada con el cambio de gobierno nicaragüense-. Véase, *case concerning border and transborder armed actions (Nicaragua v. Honduras)*, I.C.J. Pleadings 1988, vol. I, en especial págs. 3-7.

En pocas pero ilustrativas palabras, Honduras fue calificado en esos años como un “portaviones terrestre”¹⁰⁴⁰.

Consecuencia de lo anterior fue la radical militarización del país, acompañada de la completa implantación de la Doctrina de la Seguridad Nacional –y recuérdese, que como proclamara Gordon: *“La seguridad nacional es como el amor, nunca puede haber suficiente de ella”*¹⁰⁴¹–, que bajo la estrategia general del “conflicto de baja intensidad”, transformaría el territorio hondureño en un campo de persecución y eliminación de todo aquél que era considerado como “disidente” o “subversivo”. En este sentido, conviene recordar que el reconocimiento de responsabilidad por las desapariciones forzadas y las pseudos disculpas ofrecidas por el Jefe de las Fuerzas Armadas, General Discua, en 1994, se vio acompañado de un argumento que apuntaba a todos estos crímenes como una mera consecuencia de la aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional en la lucha contra el comunismo de los años 80 del siglo pasado.

De este modo, se iniciaría con el General Álvarez Martínez –ya en época de la presidencia nominal de Suazo Córdova– una de las fases más oscuras de la historia de Honduras, en la que alrededor de doscientas personas fueron torturadas y desaparecidas con total impunidad. A este respecto, ha de tenerse también en cuenta que aunque en un inicio la persecución de aquéllos que se consideraban como “subversivos” corrió a cargo de la militarizada Fuerzas de Seguridad Pública –anterior Cuerpo Especial de Seguridad– y dentro de ella de la Dirección Nacional de Investigaciones, así como de la conocida como “Unidad Especial”, en abril de 1982 el General Álvarez Martínez trasladaría el control de la Fuerza de Seguridad Pública a una división de inteligencia militar de las Fuerzas Armadas. Así se crearía, sobre la base de la antigua “Unidad Especial”, el Batallón de Inteligencia 3-16, responsable de muchas de las desapariciones posteriores en Honduras.

Siguiendo un patrón ya señalado, el General Álvarez Martínez también implicaría a civiles en estas labores mediante la constitución de los conocidos como “vigilantes civiles”, grupos que actuaban como redes de espionaje coordinadas por el Batallón 3-16. De esta época datan también el surgimiento de la organización neofascista Alianza para el Progreso de Honduras, y de escuadrones de la muerte en la costa norte del país.

Para ilustrar la situación sufrida en estos años, nada mejor que reproducir lo que constatará la Corte IDH en su sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*; cita que, pese a su extensión, es de un valor evidente:

“... en la República de Honduras, durante los años de 1981 a 1984, un número de personas, entre 100 y 150, desapareció sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna (...) b) Que tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos

¹⁰⁴⁰ Cfr. ARANCIBIA CÓRDOVA, J.: “La democracia en Honduras: Balance y...”, *op. cit.*, pág. 436. Puede consultarse un interesante cuadro que recoge esta situación en BOYER, J. C.: “Democratización y militarización en Honduras...”, *op. cit.*, pág. 240.

¹⁰⁴¹ Citado en LOVEMAN, B.: “Soberanía, Regímenes...”, *op. cit.*, pág. 13.

de civil y disfrazados que actuaban con aparente impunidad, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas (...) c) Que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección (...) d) Que las desapariciones se realizaban mediante una práctica sistemática, de la cual la Corte considera especialmente relevantes las siguientes circunstancias: i) Las víctimas eran generalmente personas consideradas por las autoridades hondureñas como peligrosas para la seguridad del Estado (...). Además, usualmente las víctimas habían estado sometidas a vigilancia y seguimiento por períodos más o menos prolongados (...); ii) Las armas empleadas eran de uso reservado a las autoridades militares y de policía y se utilizaban vehículos con cristales polarizados, cuyo uso requiere de una autorización oficial especial. En algunas oportunidades las detenciones se realizaron por agentes del orden público, sin disimulo ni disfraz; en otras éstos habían previamente despejado los lugares donde se ejecutarían los secuestros y, por lo menos en una ocasión, los secuestradores, al ser detenidos por agentes del orden público, continuaron libremente su marcha al identificarse como autoridades (...); iii) Las personas secuestradas eran vendadas, llevadas a lugares secretos e irregulares de detención y trasladadas de uno a otro. Eran interrogadas y sometidas a vejámenes, crueldades y torturas. Algunas de ellas fueron finalmente asesinadas y sus cuerpos enterrados en cementerios clandestinos (...); iv) Las autoridades negaban sistemáticamente el hecho mismo de la detención, el paradero y la suerte de las víctimas, tanto a sus parientes, abogados y personas o entidades interesadas en la defensa de los derechos humanos, como a los jueces ejecutores en recursos de exhibición personal. Esa actitud se produjo inclusive en casos de personas que después reaparecieron en manos de las mismas autoridades que, sistemáticamente, habían negado tenerlas en su poder o conocer su suerte (...); v) Tanto las autoridades militares y de policía como el Gobierno y el Poder Judicial se negaban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar los hechos y de auxiliar a quienes se interesaban en averiguar el paradero y la suerte de las víctimas o de sus restos. Cuando se integraron comisiones investigadoras del Gobierno o de las Fuerzas Armadas, no condujeron a ningún resultado. Las causas judiciales que se intentaron fueron tramitadas con evidente lentitud y desinterés y algunas de ellas finalmente sobreesidas (...); 148. Por todo lo anterior, la Corte concluye que han sido probadas en el proceso: 1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; (...) y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica”¹⁰⁴².

En consecuencia, resulta obvio que sostener que existía un proceso de transición consolidado con anterioridad a 1985 resulta inapropiado desde los parámetros expuestos en este trabajo. Más bien cabría señalar a la década de 1980, en lo electoral con cuatro celebraciones de elecciones con una participación cercana al ochenta por ciento, y sin fraudes significativos, como período en el que progresivamente se desarrolló una transición que no adquiriría un carácter definitivo hasta entrado el decenio de 1990. Y es que, al menos durante los primeros años de 1980, ha de tenerse en cuenta que las Fuerzas Armadas aceptaron la convocatoria de elecciones en la medida en que retuvieran un poder de veto sobre algunas designaciones ministeriales clave, se les reconociera inmunidad respecto a las investigaciones por corrupción, pudieran escoger a su Comandante en Jefe, fijar su propio presupuesto, y determinar la política y actuaciones respecto a Nicaragua y El Salvador. Adicionalmente, convendrá mencionar que en aquellos años las Fuerzas Armadas

¹⁰⁴² Vid. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 147-148. La misma conclusión puede encontrarse en *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5, párr. 153.

constituían el octavo grupo de negocios más influyente del país; a lo que se debe agregar que el presupuesto de defensa era secreto, sólo pudiendo el Congreso conocer el montante total.

En realidad, no fue hasta las posteriores administraciones de los presidentes Azcona Hoyo (1986-1990) -durante su presidencia se firmaron los ya mencionados acuerdos de Esquipulas I y II-, Callejas Romero (1990-1993), y señaladamente Reina Idiáquez (1994-1998) -antiguo presidente de la Corte IDH-, cuando se dieron pasos fundamentales en la transición hondureña: La drástica reducción de las desapariciones forzadas¹⁰⁴³; la eliminación de la represiva Dirección Nacional de Investigaciones -sustituyéndose por la Dirección de Investigación Criminal-; la creación de la Comisión Nacional de Reconciliación, el Ministerio Público, el Comisionado Nacional Para la Protección de los Derechos Humanos, el Fiscal Especial de Derechos Humanos y la Comisión de Alto Nivel para la Prevención y Lucha contra la Violencia y la Delincuencia¹⁰⁴⁴; el establecimiento de control sobre el presupuesto militar; la supresión del servicio militar obligatorio -y el reclutamiento forzoso-; y el traslado del control de la policía de las Fuerzas Armadas a la autoridad civil en 1997; junto a otras medidas de índole electoral.

No existen datos indubitados sobre el número de víctimas de crímenes de derecho internacional y, en su caso, violaciones a los derechos humanos durante estos años. Como se apuntará más adelante, los esfuerzos gubernamentales para registrar y documentar estos hechos han sido decepcionantes, por ser generoso en su caracterización. Con todo, las iniciativas más destacadas se han centrado en la determinación del número de víctimas de desaparición forzosa; siendo la referencia obligada en este sentido el “Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras 1980 – 1993: Los Hechos Hablan Por Sí mismos”, en el que se documentaron ciento ochenta y cuatro casos de desaparición forzada de personas a cargo, mayoritariamente, de la Dirección Nacional de Investigaciones y el Batallón 3-16¹⁰⁴⁵.

Si se comparan estas cifras con las arrojadas por el examen del caso anterior, resulta evidente que al menos en lo referido a los retos cuantitativos, las dificultades a enfrentar por las autoridades hondureñas eran sustancialmente menores a las de sus iguales guatemaltecos. No obstante, en el campo de la sanción de los crímenes cometidos, la impunidad de hecho referida -a la que habría que añadir la jurídica a través del decreto de amnistía en 1981 para los delitos políticos y delitos comunes

¹⁰⁴³ Según datos del Comité de Familiares Detenidos-Desaparecidos de Honduras (COFADEH), en 1985 se detectaron cinco casos de desaparición forzada, tres en 1986, doce en 1987, siete en 1988, uno en 1989, ninguno en 1990-1992, uno en 1993 y otro en 1995. Véase una lista actualizada en <http://www.cofadeh.org/html/desaparecidos/index.html>.

¹⁰⁴⁴ Destáquese que entre las recomendaciones de esta Comisión, emitidas en mayo de 1995, se incluía la tipificación de los crímenes de tortura y desaparición forzada de personas.

¹⁰⁴⁵ El Informe, conocido popularmente como “Informe Valladares”, fue hecho público el 29 de diciembre de 1993. Véase COMISIONADO NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: *Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras...*, *op. cit.*

conexos cometidos entre el 2 de septiembre de 1969 y el 28 de mayo de 1981¹⁰⁴⁶ se vio acompañada de la posterior emisión de diversos decretos de amnistía en 1987, 1990 y 1991.

El primero de ellos debe contextualizarse en el momento en que la Corte IDH estaba estudiando los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, en tanto que su emisión fue la respuesta inmediata a las primeras audiencias de la Corte en octubre de 1987¹⁰⁴⁷; en todo caso, el gobierno de Honduras finalmente no invocó la amnistía en sus argumentos ante la Corte, acatando la condena en ambos casos. Ahora bien, con la posterior caída en desuso del decreto de 199-87, han sido los decretos de 1990 (30-90) y de 1991 (87-91) los que han adquirido un mayor protagonismo. En estas normas, fundamentadas en un supuesto deseo de propiciar un ambiente de armonía y de convivencia pacífica entre todos los sectores de la sociedad hondureña, se disponía:

“Conceder amnistía amplia e incondicional en aplicación del artículo 205, Numeral 16, de la constitución de la república, a todas las personas encausadas o detenidas, sujetas a proceso en cualquier tribunal de la república, o sentenciadas, que hayan sido acusadas por los delitos políticos y comunes conexos contemplados en el artículo 335, numeral 6° del código penal, a la fecha de vigencia del presente decreto.

*Artículo 0002. Los jueces y tribunales que están conociendo de las causas instruidas por los delitos a que se hace mención en el artículo anterior, pondrán en libertad inmediata y de oficio a los reos que se encuentren presos, ya sea que estén condenados por sentencia firme, o que dichas causas se encuentren en trámite, dictando en su caso los correspondientes sobreseimientos definitivos”*¹⁰⁴⁸.

En comparación con las medidas de índole similar tomadas en Guatemala, estos decretos se asimilan mucho a la propuesta que hiciera Oscar Arias en su famoso “Plan de Paz para Centroamérica”: “En los 60 días siguientes a la firma de este documento por todos los Gobiernos de los Estados centroamericanos, en aquellos de estos países, en donde existan luchas armadas deberá decretarse una amnistía general para los delitos políticos y conexos. Los respectivos decretos de amnistía deberán establecer todas las disposiciones que garanticen la inviolabilidad de la vida, la libertad en todas sus formas, los bienes materiales y la seguridad de las personas”¹⁰⁴⁹.

Las previsiones de estos decretos fueron alegadas –y aceptadas– en diversos procedimientos iniciados contra responsables de desapariciones forzosas y ejecuciones extrajudiciales; siendo que los límites de unas normas de amnistía tan amplias como éstas no serían determinados hasta varios años después, cuando la Corte Suprema de Honduras, ante recurso del Ministerio Público, indicó, en primer lugar, que la amnistía no puede aplicarse antes de que las autoridades judiciales hayan investigado el caso

¹⁰⁴⁶ Véase, Decreto número 11 (GACETA no.23415 del 28/05/1981) del Congreso Nacional. Sobre la distinción entre impunidad de hecho e impunidad jurídica, véase el apartado 1 del siguiente Capítulo.

¹⁰⁴⁷ El decreto fue emitido en noviembre de 1987. Véase, Decreto número 199-87 (GACETA no.26346 del 11/12/1987) del Congreso Nacional.

¹⁰⁴⁸ *Vid.*, artículos 1 y 2 del Decreto número 30-90- (emitido el 14/12/1990) (GACETA no.26346 del 23/01/1991) del Congreso Nacional.

¹⁰⁴⁹ *Vid.* Punto 1 del Anexo al Plan de Paz para Centroamérica, propuesto por el Dr. Oscar Arias Sánchez, presidente de la República de Costa Rica, el 15 de febrero de 1987, a los presidentes de El Salvador, Guatemala y Honduras.

adecuadamente, y en segundo, que determinados delitos, como el asesinato o la detención ilegal, no pueden entenderse como comprendidos dentro de los supuestos previstos en estos decretos¹⁰⁵⁰. Estas decisiones respondieron a distintos esfuerzos realizados a partir de 1995¹⁰⁵¹ por las autoridades hondureñas para castigar a los responsables de los crímenes y violaciones a los derechos humanos pasados; resultando las acciones judiciales iniciadas en julio de 1995 contra diez oficiales del ejército acusados de intento del asesinato y la detención ilegal de seis estudiantes en abril de 1982, el hecho clave en este proceso.

Las Fuerzas Armadas reaccionaron ante estos intentos con una serie de acciones que fueron desde la falta de cooperación, la alegación de que sus archivos habían desaparecido o habían sido quemados, la propaganda en televisión justificando sus acciones, y las amenazas e intimidaciones, hasta demostraciones de fuerza extrema como el despliegue de carros blindados en la capital del país entre el dos y el cuatro de agosto de 1995; todo ello con el apoyo del Jefe de las Fuerzas Armadas, General Discua. Esta situación obligó al mismo presidente Reina Idiáquez a declarar que los miembros de las Fuerzas Armadas acusados, o sospechosos, de haber cometido desapariciones forzadas serían amnistiados si se comprobaba que sus crímenes habían sido “políticos”; lo que no convenció a muchos de los acusados –ya de los procesos de 1995, ya de los iniciados en 1996 por el Juez Aguilera- que optaron por fugarse ante las órdenes de detención que iban siendo emitidas¹⁰⁵²; hecho que, apúntese, no impidió que continuaran cobrando sus salarios como militares.

Pese a las mencionadas resoluciones de la Corte Suprema hondureña, y a la decidida acción de diversos organismos de derechos humanos, lo cierto es que el estado de cosas reseñado, en lo que aquí interesa, se ha mantenido prácticamente inalterado hasta fecha de hoy; y así que en la misma línea de las alegaciones que realizara la Corte IDH en los casos antes citados, el examen de la desaparición de Juan Humberto Sánchez en 1992 permitiría constatar a la Corte, en su sentencia de 2003, que:

“... pese a los diferentes recursos internos utilizados con el fin de aclarar los hechos, éstos no fueron eficaces para enjuiciar y, en su caso, sancionar, a sus responsables (...). El Estado no ha identificado a la persona o personas responsables penalmente de los hechos antijurídicos objeto de demanda. Por el contrario, en el caso en estudio ha quedado demostrado que la muerte del señor Juan Humberto Sánchez se encuadró dentro de un patrón de ejecuciones extrajudiciales (...), las cuales se caracterizan por ir acompañadas a su vez de impunidad (...), en la cual los recursos judiciales no son efectivos, las investigaciones judiciales tienen graves falencias y el transcurso del tiempo juega un papel fundamental en borrar todos los rastros del delito, haciéndose de esta manera ilusorio el derecho a la defensa y

¹⁰⁵⁰ Cfr. Corte Suprema de Honduras, Amparo en Revisión, Caso 58-96, 18 de enero de 1996; Corte Suprema de Honduras, Petición para la declaración de anticonstitucionalidad N°. 20-99, 27 de junio de 2000.

¹⁰⁵¹ Con anterioridad se habían realizado algunas exhumaciones de cadáveres de “desaparecidos”; recuperándose sólo entre 1994 y 1995 dieciséis cuerpos.

¹⁰⁵² Un caso interesante en este sentido es el de Billy Joya, exmiembro del Batallón 3-16 y prófugo de la justicia hondureña, que adquirió cierta relevancia pública en España al descubrirse que vivía en este país.

*protección judicial en los términos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana*¹⁰⁵³.

En lo relativo a la reparación de las víctimas, salvando las indemnizaciones debidas por los casos sentenciados por la Corte IDH, y pese a algunas iniciativas en 1998, no se ha desarrollado ningún programa de reparación completo para los familiares de los desaparecidos en la década de 1980. Este hecho, unido a la ausencia de sanciones penales, y a la tendencia de los sospechosos a abandonar el país, ha propiciado la activación de procesos de exigencia de responsabilidad civil en otros Estados: como ejemplo paradigmático, la causa contra el Coronel López Grijalva, ex jefe de inteligencia militar, en los Estados Unidos de América¹⁰⁵⁴.

Desde otro punto de vista, conviene al menos apuntar que el no establecimiento de una Comisión de la Verdad -el gobierno de Azcona Reyes desestimó tal pretensión, entre otras razones, al considerar que en Honduras no había existido un conflicto armado- fue sustituido, en parte, por una serie de aparentes intentos de investigación de los crímenes pasados -como la Comisión Interinstitucional de Derechos Humanos de 1987-, tan condenados al fracaso como lo fueron las iniciativas anteriores -como la Comisión Especial de las Fuerzas Armadas constituida por López Reyes, sucesor “moderado” del General Álvarez Martínez, en 1984-. Las razones esenciales de estos fracasos se debieron a la falta de verdadera voluntad, y poder, políticos para hacerlas realmente efectivas.

Sin embargo, de entre todas estas medidas sí resulta preciso valorar positivamente el ya referido “Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras 1980 – 1993: Los Hechos Hablan Por Sí mismos”, del Comisionado Nacional Para la Protección de los Derechos Humanos, Leo Valladares, en el que alegando la necesidad de conocer la verdad para lograr la reconciliación nacional y la recuperación de la confianza en las instituciones del Estado, se documentaron una serie de casos de desaparición forzada. El Informe concluía con la recomendación, entre otras, de enjuiciar a todos los responsables de esos hechos. Ninguno de ellos ha sido investigado por las autoridades judiciales.

2.a. 3) El Salvador.

Resulta oportuno comenzar este breve repaso¹⁰⁵⁵ señalando que suele identificarse 1932, o la caída del presidente Araujo, como el momento a partir del cual

¹⁰⁵³ Vid. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 99, párr. 135.

¹⁰⁵⁴ Véase caso *Reyes et al v. Juan Evangelista López Grijalva*. Puede encontrarse documentación sobre esta caso aún abierto en <http://www.cja.org/cases/grijalbadocs.shtml>.

¹⁰⁵⁵ Existe una amplia literatura dedicada al estudio del caso salvadoreño; de toda ella, se han utilizado para este análisis los siguientes trabajos: ANDERSON, T.: *El Salvador. Los sucesos políticos de 1932*, Universitaria Centroamericana, San José, 1982; BUERGENTHAL, T.: “La Comisión de la Verdad para El Salvador”, en BUERGENTHAL, T. y CANÇADO TRINDADE, A. A. (compiladores): *Estudios Especializados de Derechos*

en El Salvador se instauró un modelo de Estado y gobierno en el que el papel protagonista de las Fuerzas Armadas determinaría la vida y reglas de juego políticas del país. Consecuencia inmediata fue una serie de gobiernos militares que iniciándose con la presidencia del General Hernández Martínez (1931- 1944)¹⁰⁵⁶, fueron derivando desde la dictadura personalista hasta la consolidación del estamento militar como el más poderoso aparato del Estado; situación que se vio acompañada de una represión

Humanos I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, preparado por el Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 14 de la resolución 1987/51 de la Comisión”, Documento de las Naciones Unidas: A/42/641, 12 de octubre de 1987; “Informe definitivo de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, preparado por el Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Profesor José Antonio Pastor Ridruejo, en cumplimiento del mandato conferido por la resolución 1991/75 de la referida Comisión”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1992/32, 16 de enero de 1992; “Informe del Experto independiente sobre El Salvador, Sr. Pedro Nikken, designado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1992/62, de 3 de marzo de 1992, de la Comisión de Derechos Humanos”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1993/11, 15 de febrero de 1993. COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: *De la Locura a la Esperanza...*, *op. cit.*; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.46, doc.23 rev. 1, 17 de noviembre de 1978, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994, así como “Informe Anual, 1981-1982”, *doc. cit.*, Capítulo V, El Salvador, “Informe Anual, 1984-1985”, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1, 1 de octubre de 1985, Capítulo IV, El Salvador, “Informe Anual, 1987-1988”, OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988, Capítulo IV, El Salvador, “Informe Anual, 1992-1993”, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, 12 de marzo de 1993, Capítulo IV, El Salvador; CÓRDOVA MACÍAS, R.: “El Salvador: ¿Hacia una democracia negociada?”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina...*, *op. cit.*; CUÉLLAR MARTÍNEZ, B.: “Los dos rostros de la sociedad salvadoreña”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y...*, *op. cit.*; DADA, H.: “Procesos de negociación comparados: el caso de El Salvador”, y NORTH, L.: “El proceso de paz salvadoreño...”, *op. cit.*, en VV.AA.: *Procesos de negociación...*, *op. cit.*; GIRÓN, P.: “La guerra civil y el proceso de paz en El Salvador”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997; GUIDOS VÉJAR, R.: *El ascenso del militarismo en El Salvador*, UCA, San Salvador, 1998; LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS: *From the Ashes. A Report on Justice in El Salvador*, Lawyers Committee for Human Rights, Nueva York, 1987; LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past...*, *op. cit.*, en especial su capítulo 3: “El Salvador: “Negotiated revolution” and the truth commission”; MONTOBBIO, M.: *La metamorfosis del Pulgarito. Transición política y proceso de paz en El Salvador*, Icaria, Barcelona, 1999; NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad...”, *op. cit.*, en especial págs 92-101; ORTIZ RUIZ, E. F. y SÁNCHEZ, I.: “El Salvador: La construcción de nuevos caminos”, en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en...*, *op. cit.*; POPKIN, M.: “El Salvador: A Negotiated End to Impunity?”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity...*, *op. cit.*; POPKIN, M.: *Peace without Justice*, Pennsylvania State University Press, Estados Unidos de América, 2000; POPKIN, M.: “The Salvadoran Truth Commission and the search for justice”, en CLF, vol. 15, núms. 1-2, 2004; SIEDER, R.: “Políticas de guerra...”, *op. cit.* En el desarrollo posterior de este repaso a la transición salvadoreña no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

¹⁰⁵⁶ Apúntese que entre los años 1934-1935, Hernández Martínez -popularmente conocido como “el Brujo” por sus aficiones esotéricas- fue sustituido por la presidencia provisional del General Menéndez.

creciente ya desde el fusilamiento de alrededor de treinta mil personas al comienzo del gobierno de Hernández Martínez¹⁰⁵⁷.

Hacia 1961 la Junta Militar que había derrocado al Teniente Coronel Lemún (1956-1960), y el Directorio Cívico Militar de El Salvador que la sucedió –mediante otro golpe de Estado–, respondieron a las distintas movilizaciones populares de protesta con la creación de un aparato de seguridad e información superpuesto al ejército que ha de ser valorado como el antecedente de las posteriores fuerzas paramilitares y escuadrones de la muerte. De esta época datan la aparición de la Organización Democrática Nacionalista (por sus ilustrativas siglas, ORDEN), y de la Agencia Nacional de Servicios Especiales de El Salvador. ORDEN fue ideada como un instrumento de las Fuerzas Armadas, esencialmente constituido por campesinos –en cierto modo similar a las PAC guatemaltecas–, para recabar información, realizar operaciones secretas de contrainsurgencia, y conformarse en base social para el reclutamiento. En 1967, cuando su existencia y funcionamiento se hicieron públicos, contaba con unos cien mil miembros. La Agencia Nacional de Servicios Especiales de El Salvador, por su parte, se constituyó a partir de 1965 como centro neurálgico de información, dirección y coordinación de las fuerzas militares y paramilitares salvadoreñas.

La crisis económica de 1969, la explosión de la ya citada guerra entre Honduras y El Salvador, las pugnas entre oligarquía y militares, la emergencia de un bloque social y político alternativo al régimen oficial, y la aparición de los primeros grupos guerrilleros –en 1970 surgirían las Fuerzas Populares de Liberación “Farabundo Martí”, y en 1971-1972 el Ejército Revolucionario del Pueblo– marcarían el desarrollo de un período de inestabilidad que encontraría su desenlace definitivo en las elecciones presidenciales de 1972. Los distintos esfuerzos e iniciativas exitosas de creación de partidos políticos que pudieran competir con el oficialista Partido Revolucionario de Unificación Democrática –posteriormente Partido de Conciliación Nacional–, obtendrían como resultado el no reconocimiento de la victoria del candidato de la Unión Nacional Opositora, Napoleón Duarte, y la imposición del candidato del Partido de Conciliación Nacional, el Coronel Armando Molina. Este hecho supondría el fin de las aspiraciones del movimiento social emergente de lograr sus metas mediante la vía electoral. Por este motivo, aunque algunos especialistas situán el fin completo de las esperanzas de todo cambio por la vía electoral en las elecciones de 1977¹⁰⁵⁸ –en las que de nuevo se impuso fraudulentamente el candidato oficialista, General Romero–, autores como Montobbio califican este momento como “*un corte epistemológico en el origen del conflicto que acabará con la guerra civil*”¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ Sobre los factores sociales y económicos que se identifican como sustrato de la represión en El Salvador, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.46, doc.23 rev. 1, 17 de noviembre de 1978.

¹⁰⁵⁸ Cfr. CUÉLLAR MARTÍNEZ, B.: “Los dos rostros de la sociedad...”, *op. cit.*, pág. 148.

¹⁰⁵⁹ *Id.* MONTOBBO, M.: *La metamorfosis del...*, *op. cit.*, pág. 40.

Los gobiernos del Coronel Molina (1972-1976) y el General Romero (1977-1978) utilizaron a las Fuerzas de Seguridad y los miembros de ORDEN para aplastar todo el descontento sociopolítico surgido especialmente en las zonas rurales, generalizándose las torturas, asesinatos, detenciones arbitrarias y desapariciones de personas. El 15 de octubre de 1979 un grupo de jóvenes oficiales y líderes civiles, mediante el conocido como “golpe de los capitanes”, derrocarían al General Romero formando una Junta Revolucionaria en la que estuvieron representadas la práctica totalidad de las fuerzas sociales partidarias del cambio. Durante su gobierno se prohibiría ORDEN y se desmantelaría la Agencia Nacional de Servicios Especiales de El Salvador, creándose simultáneamente una Comisión Especial para investigar el paradero de las personas desaparecidas. Pese a declarar que debía considerarse que los desaparecidos habían muerto a manos de las Fuerzas de Seguridad, no se adoptó ninguna medida para sancionar a los culpables.

A la postre, los dirigentes de esta primera Junta fueron incapaces de controlar a la inteligencia militar y las Fuerzas de Seguridad, que continuaron desplegando una política represiva cada vez más aguda; por ello, a este período se le conoció como “reforma con represión”. De este modo, tres meses después del golpe de los capitanes, los sectores más reaccionarios de las Fuerzas Armadas –contando con el apoyo de los Estados Unidos de América¹⁰⁶⁰– provocarían la salida de estos oficiales y la recomposición de la Junta, a la que terminaría por unirse el propio Napoleón Duarte, extendiéndose su primer gobierno hasta 1982. El 28 de marzo de ese año se elegiría una Asamblea Constituyente que redactaría la actual Constitución de 1983, y daría paso a una sucesión de gobiernos formalmente democráticos.

El período de 1978-1981 configuraría definitivamente el inicio del enfrentamiento armado. Las grandes marchas de protesta de 1980 fueron violentamente reprimidas, miles de campesinos fueron ejecutados en las zonas rurales, y los líderes sociales más destacados comenzaron a ser sistemáticamente asesinados. Al mismo tiempo, los distintos movimientos sociales –armados y no armados– se unificaron rápidamente. El 10 de octubre de 1980 sería creado el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), integrado originalmente por las Fuerzas Populares de Liberación “Farabundo Martí”, la Resistencia Nacional, el Ejército Revolucionario del Pueblo, y el Partido Comunista de El Salvador; en diciembre de ese año, se incorporó el Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos. Poco antes, se realizaron ocupaciones de Radios, ataques con bombas a periódicos, secuestros, ejecuciones y asaltos a blancos militares por parte de las Fuerzas Populares de Liberación y el Ejército Revolucionario del Pueblo.

Durante 1980, por referir algunos de los casos que suscitaron mayor alarma y/o atención, el Procurador General de la República, Mario Zamora, sería asesinado poco después de ser tildado de “subversivo”; Monseñor Romero moriría, por disparos de un francotirador, un día después de que proclamara su célebre: *‘En nombre de Dios, en nombre de este sufrido pueblo cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico,*

¹⁰⁶⁰ Téngase en cuenta que ya entonces había triunfado la revolución sandinista en Nicaragua.

les ruego, les ordeno, que cese la represión” -durante sus funerales estallarían una bomba frente a la Catedral de San Salvador y serían ametrallados los asistentes: entre veintisiete y cuarenta personas resultaron muertas-; la Secretaria de Prensa y el Administrador de la Comisión de Derechos Humanos No-Gubernamental serían asesinados¹⁰⁶¹; el Rector de la Universidad de El Salvador, Félix Antonio Ulloa, sería ejecutado; los seis principales dirigentes del Frente Democrático Revolucionario serían asesinados el 27 de noviembre de 1980; cinco días después cuatro religiosas estadounidenses serían detenidas, violadas y asesinadas por elementos de la Guardia Nacional. El 3 de enero de 1981 el Presidente del Instituto Salvadoreño de la Reforma Agraria, José Rodolfo Viera, y dos asesores norteamericanos serían asesinados en el Hotel Sheraton.

El convencimiento acerca de la inexistencia de alternativas reales de cambio¹⁰⁶², llevaría al recién constituido FMLN a lanzar “la Ofensiva General del 10 de enero de 1981”, con la que daría comienzo el conflicto armado de El Salvador que se prolongaría hasta 1992.

Sintetizando estos primeros años, según los informes de la Secretaría de Comunicación Social del Arzobispado y el Socorro Jurídico, de enero de 1978 a septiembre de 1979 se registraron setecientos veinte siete asesinatos atribuibles, en su mayor parte, a las Fuerzas Armadas y cuerpos militares de seguridad. Para 1978 el promedio de asesinatos por razones políticas era de más de doce por mes. En los primeros nueve meses del año siguiente, el promedio subió a más de sesenta y cuatro. Entre mayo y diciembre de 1980 murieron, a causa del abuso de poder y exceso de las autoridades militares, seis mil cuatrocientas treinta personas. En los primeros siete meses de 1981 fueron asesinadas nueve mil setecientas noventa y seis personas por las Fuerzas Armadas. Para finales de ese año se estimaban alrededor de treinta y cinco mil víctimas de la violencia política en el país.

De forma similar al caso hondureño –y en parte el guatemalteco-, los años en que los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos fueron más numerosos se vieron acompañados por un proceso formal de entrega del poder a las autoridades civiles, que en El Salvador se materializó inicialmente en 1984 con la elección del primer candidato civil en cincuenta años, Napoleón Duarte¹⁰⁶³. En lo que aquí interesa, ha de destacarse que pese a sus promesas de respetar los derechos humanos, la Com.IDH pudo constatar que:

“... en las áreas urbanas de El Salvador han continuado con mayor intensidad las actividades de los “Escuadrones de la Muerte” con su secuela de secuestros, desapariciones y asesinatos de personas, y

¹⁰⁶¹ Posteriormente, el Director de la Comisión fue “desaparecido” por miembros de las Fuerzas de Seguridad, y la Presidenta resultó muerta en una emboscada de una patrulla militar. El coordinador de la Comisión, Herbert Anaya, sería asesinado en 1987; hecho que suscitó una enorme conmoción en el país.

¹⁰⁶² Otros autores apuntan también a la falta de sanción de los responsables de los crímenes cometidos a partir de 1975 como motivo para que sus víctimas decidieran tomar las armas. Cfr. CUÉLLAR MARTÍNEZ, B.: “Los dos rostros de la sociedad...”, *op. cit.*, pág. 149.

¹⁰⁶³ Napoleón Duarte presidió el país hasta mayo de 1989, siendo sucedido por Cristiani Burkard, quien entregó la Presidencia de la República en junio de 1994 a Calderón Sol. El gobierno de éste finalizó en junio de 1999, cuando Flores Pérez venció en las elecciones. Tras las elecciones de 21 de marzo de 2004, Elías Saca es el actual presidente del país.

*fuera de la Capital de la República, en las zonas rurales han seguido ocurriendo desapariciones de personas, ejecuciones extrajudiciales, diversos actos de abuso de autoridad cometidos por miembros del Ejército y aunque en menor medida, se han continuado denunciado bombardeos y ametrallamiento de poblaciones civiles atribuidos a aviones y helicópteros de la fuerza aérea salvadoreña, desalojos forzados de poblaciones a quienes se reubica en la calidad de desplazados en campo de refugiados y violaciones a las Convenciones de Derechos Humanos de Ginebra*¹⁰⁶⁴.

Junto a ello, con relación a su promesa de sancionar los crímenes perpetrados, ciertamente poco conciliable con el Decreto de Amnistía para los civiles implicados en delitos políticos, y para los guerrilleros que entregaran sus armas, emitido el 4 de mayo de 1983, la Com.IDH advirtió de la *“renuencia reiterada del Gobierno de El Salvador a investigar los hechos violatorios a los derechos humanos que se atribuyen a sus Fuerzas de Seguridad”*¹⁰⁶⁵. Con todo, hay que subrayar que bajo fuertes presiones de los Estados Unidos de América, en el lapso de tiempo que fue desde su elección a su toma de posesión como Presidente de la República, se juzgó y condenó a cinco Guardias Nacionales acusados del asesinato de las religiosas norteamericanas en 1980. No obstante, este hecho no puede valorarse como un cambio en la impunidad generalizada existente, sino más bien como una muestra más de la influencia de los Estados Unidos de América en la región, y en concreto en el país¹⁰⁶⁶. Valga recordar, a este respecto, que la discutida ayuda económica para El Salvador sería aprobada un día después de la condena; otorgándose más de sesenta y siete millones de dólares en “ayuda de emergencia para El Salvador”.

Similares circunstancias se dieron en la creación de la *Comission to Investigate Criminal Acts* en 1985. La Comisión fue establecida para investigar los crímenes con mayor repercusión pública en los que estaban implicados miembros de las Fuerzas Armadas, sobre todo aquéllos casos en que había víctimas estadounidenses, como la desaparición del periodista John Sullivan, o el asesinato de los dos asesores agrarios estadounidenses en el hotel Sheraton, pero también prestando atención a crímenes como el asesinato de Monseñor Romero o la conocida como “masacre de las Hojas”. Esta última se había perpetrado el 22 de febrero de 1983, cuando elementos del Batallón Jaguar, al mando del Capitán Figueroa Morales, participaron en un operativo en el Cantón de las Hojas, municipio de San Antonio del Monte, Departamento de Sonsonate. Los soldados detuvieron a varios campesinos –dieciséis cadáveres recuperados, setenta y cuatro estimados–, los llevaron al Río Cuyuapa y los ejecutaron. Los imputados sostuvieron que se trató de un enfrentamiento con terroristas. Una investigación en el Ministerio de la Defensa había concluido que ningún miembro de la Fuerza Armada tuvo responsabilidad en los hechos; resultando inútiles las distintas

¹⁰⁶⁴ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1984-1985”, *doc. cit.*, Capítulo V, El Salvador, párr. 10.

¹⁰⁶⁵ Vid. *Ibid.*, conclusión h).

¹⁰⁶⁶ En el mismo sentido habrá de evaluarse la condena de dos miembros de la Guardia Nacional en el caso del asesinato de los asesores agrarios estadounidenses en el Sheraton.

acciones legales y procesos abiertos desde aquel año. Nueve años después de la masacre, la Com.IDH condenaría a El Salvador por los hechos ocurridos¹⁰⁶⁷.

Sin embargo, las presiones del gobierno estadounidense no pudieron imponerse completamente sobre unos militares que terminaron por controlar las investigaciones previstas.

El conflicto armado de El Salvador –rápidamente “internacionalizado” como consecuencia de la Guerra Fría-, estuvo marcado por una creciente atención de la Comunidad Internacional. Así, en el ámbito de la OEA, junto a los distintos Informes Especiales de la Com.IDH ya citados, cabe apuntar que en prácticamente todos los Informes Anuales de la Comisión se incluyeron apartados sobre la situación en El Salvador. Debe destacarse igualmente que la Com.IDH realizó visitas *in loco* en enero de 1978, agosto de 1986, y febrero de 1987. En cuanto a la ONU, conviene subrayar la creación, a partir de 1981, de la figura del Representante Especial para El Salvador de la CDH, con el mandato de investigar las violaciones de los derechos humanos ocurridos en el país y de formular las recomendaciones correspondientes. El Representante Especial, José Antonio Pastor Ridruejo, presentó a tal efecto un informe cada año hasta 1992.

Junto a ello, se ensayaron una serie de intentos de negociación ya desde el 28 de agosto de 1981, cuando los gobiernos de México y Francia reconocieron al FMLN como una fuerza política representativa con vistas a buscar una solución política al conflicto.

Todas estas iniciativas no pudieron impedir un conflicto que se desarrolló hasta 1992, identificándose la comisión de diversos crímenes de derecho internacional, y de múltiples violaciones al DIDH, y al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II. Así, mientras los miembros del FMLN hacían uso indiscriminado de minas, reclutaban forzosamente, destruían infraestructuras, tomaban rehenes, asesinaba a alcaldes municipales y funcionarios de gobiernos, y realizaban ejecuciones sumarias en zonas conflictivas o cercanas al conflicto, los militares (y paramilitares¹⁰⁶⁸) torturaban, hacían desaparecer, ejecutaban extrajudicialmente a todo aquél que consideraban como colaborador de la guerrilla -la conocido como “táctica de quitarle el agua al pez”-, y realizaban ataques indiscriminados y desproporcionados contra la población civil. Este último tipo de acciones produjo un masivo desplazamiento de la población civil: Sólo a mediados de 1984 se reportaron más de medio millón de desplazados internos.

Las distintas cumbres ya referidas de los Presidentes centroamericanos de finales del decenio de 1980 no supusieron un avance cualitativo para la finalización del conflicto armado. En lo tocante a este trabajo, puede destacarse no obstante, que como

¹⁰⁶⁷ Para más datos, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 26/92, El Salvador, caso 10.287”, 24 de septiembre de 1992.

¹⁰⁶⁸ Los escuadrones de la muerte actuaron con total impunidad hasta entrado 1983, registrándose un descenso en su actividad a partir de ese año debido, esencialmente, a la falta de apoyo de la administración estadounidense.

en Guatemala y Honduras, el gobierno de El Salvador emitió en 1987 un amplio decreto de amnistía inspirado en el Acuerdo de Esquipulas II, que se aplicaba a *“las personas imputadas de haber participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con los políticos o comunes cuando en su ejecución hubieran intervenido un número de personas que no baje de veinte”*¹⁰⁶⁹. Esta norma cubría todos los crímenes cometidos hasta el veintidós de octubre de 1987 con motivo, ocasión, razón o como consecuencia del conflicto armado¹⁰⁷⁰; desplegando sus efectos automáticamente sobre aquéllos que no eran considerados “rebeldes”, debiendo éstos presentarse en el plazo de quince días ante las autoridades civiles o militares, renunciar a sus armas y solicitar la amnistía.

Aunque se incluyeron algunas previsiones singulares –como la expresa exclusión de aquéllos que participaron en la ejecución de Monseñor Romero o en la de Herbert Anaya¹⁰⁷¹–, la situación que aún atravesaba el país unida a la falta de simetría del sistema diseñado dio como resultado, como adelantaría el Representante Especial para El Salvador de la CDH, que, por poner un ejemplo, mientras los amnistiados miembros de los escuadrones de la muerte reactivaron su actividad asesinando, al menos, a treinta y dos personas en el primer semestre del año, ni un solo guerrillero solicitó la amnistía por miedo a ser capturado, desaparecido o ejecutado¹⁰⁷².

Por citar un caso especialmente ilustrativo de la situación que vivía El Salvador en este contexto, el juez militar Serrano Panameño, poco antes de emitir su dictamen sobre el caso de los secuestros extorsivos, se declaró contrario a la concesión de la amnistía a los oficiales implicados en estos casos. El día siguiente, fue asesinado a tiros por desconocidos en la puerta de su casa.

Durante 1987 y 1988 se advirtió cierta reducción –conocida como “humanización del conflicto”– en el número y violencia de los crímenes cometidos, y algunas hechos revelantes como las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador que, en 1988, aceptarían la aplicación de la amnistía a los responsables de la mencionada “masacre de las Hojas”, y anularían la solicitud de extradición, aceptada por el Tribunal de Primera Instancia del Distrito Sur de Florida, del Capitán Saravia, implicado en el asesinato de Monseñor Romero.

También se dieron una serie de conversaciones entre el FMLN y el gobierno el 4 de octubre de 1987, y el 15 de septiembre de 1989, ya en la administración del Presidente Cristiani. Poco antes, el 27 de julio de 1989, a través de la Resolución 637, el CS ratificaría la interposición de los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas, Pérez de Cuellar, para tratar asistir en el fin del conflicto¹⁰⁷³. No obstante, todas estas iniciativas quedarían en la nada cuando el 31 de octubre de 1989 un atentado destruyó la sede de la Federación Nacional Sindical de Trabajadores

¹⁰⁶⁹ *Vid.*, artículo 1.1 del Decreto número 805, de 28 de octubre de 1987.

¹⁰⁷⁰ Cfr., artículo 2 del Decreto número 805, de 28 de octubre de 1987.

¹⁰⁷¹ Cfr., artículo 3 del Decreto número 805, de 28 de octubre de 1987.

¹⁰⁷² Tan sólo algunas personas ya detenidas sospechosas de afiliación guerrillera fueron beneficiadas por la amnistía.

¹⁰⁷³ Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 637 (1989)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/637 (1989), 27 de julio de 1989.

Salvadoreños, resultando muertas diez personas. Inmediatamente, el FMLN se retiraría del diálogo lanzando su mayor ofensiva militar a partir del 11 de noviembre de 1989.

El enfrentamiento bélico ascendió entonces a niveles nunca conocidos, tanto por la dimensión del operativo insurgente como por la respuesta de las Fuerzas Armadas. Como anuncio de esta sangrienta etapa final, el 16 de noviembre de 1989 fueron muertos seis jesuitas -el Rector, el Vicerrector, el Director del Instituto de Derechos Humanos, y tres profesores de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas- y una cocinera y su hija; dando lugar al emblemático caso conocido bajo el rótulo del “asesinato de los jesuitas”.

El período entre la “Ofensiva Final” y el fin del conflicto armado se caracterizó por un complejo proceso de aumento de la violencia y de negociación paralela:

La guerrilla se escondaba dentro de sectores densamente poblados y zonas urbanas que se convertían en blancos de bombardeos aéreos indiscriminados; los miembros del FMLN realizaban “ajusticiamientos” y secuestros de alcaldes y funcionarios públicos; las Fuerzas Armadas y los escuadros de la muerte desaparecían personas y perpetraban ejecuciones extrajudiciales. Durante 1990-1991 las ejecuciones imputables a grupos militares o paramilitares ocasionaron la muerte de ciento diecinueve personas, de las cuáles cincuenta y tres habrían sido perpetradas por escuadrones de la muerte y cuarenta y dos por el ejército. El FMLN, por su parte, asesinaría a veintiuna personas.

Pero al mismo tiempo, el cada vez mayor convencimiento de la imposibilidad de una victoria militar llevaría al gobierno de El Salvador y al FMLN, el 4 de abril de 1990, a firmar el primer acuerdo entre las partes en conflicto para reanudar las negociaciones. Estos contactos sí dieron resultados esta vez; y así, a este primer texto le seguirían con el paso del tiempo muchos otros: el Acuerdo de Caracas¹⁰⁷⁴, el Acuerdo de San José de 26 de julio de 1990¹⁰⁷⁵, el Acuerdo de México de 27 de abril de 1991 –que crearía la Comisión de la Verdad para El Salvador, de carácter internacional¹⁰⁷⁶-, el Acuerdo –que crearía la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz- y Actas de Nueva York¹⁰⁷⁷, y finalmente, el Acuerdo de Chapultepec de 16 de enero de 1992, el “Acuerdo de paz de El Salvador”, a partir del cuál se inicia el cese de hostilidades, el desarme y la puesta en ejecución de las reformas institucionales acordadas¹⁰⁷⁸.

A toda esta sucesión acompañaría, el 26 de julio de 1991, el establecimiento de la ONUSAL, con el mandato inicial de vigilar el cumplimiento de todos estos acuerdos,

¹⁰⁷⁴ “Agenda y calendario del proceso completo de negociación”, de 21 de mayo de 1990.

¹⁰⁷⁵ “Acuerdo sobre derechos humanos”, de 26 de julio de 1990.

¹⁰⁷⁶ Véase, “Acuerdos políticos”, de 27 de abril de 1990.

¹⁰⁷⁷ De 25 de septiembre de 1991, 31 de diciembre de 1991, y 13 de enero de 1992.

¹⁰⁷⁸ El texto de todos estos acuerdos puede consultarse en http://www.cepaz.org.sv/secciones/Biblioteca/coleccion_acuerdos.html.

y muy especialmente del Acuerdo sobre Derechos Humanos de San José de 26 de julio de 1990¹⁰⁷⁹.

Entre setenta y cinco y ochenta mil muertos y ocho mil desaparecidos, la mayoría no combatientes, con casi el ochenta y cinco por ciento de los hechos atribuibles al Estado de El Salvador –como ya se ha señalado, otros estudios sitúan en casi el noventa y cinco por ciento los casos no atribuibles a la guerrilla–, son las cifras que deberían enfrentarse tras el final del conflicto armado; crímenes a los que habría que añadir los cometidos con anterioridad a 1980.

A la hora de abordar el análisis final de esta experiencia resulta oportuno empezar señalando que en el transcurso de las negociaciones referidas, la tendencia hacia la exención de la sanción penal a través de decretos de amnistía tornó en una serie de medidas de reafirmación del debido proceso, creación de instituciones como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos o la Policía Nacional Civil, supresión de otras (como los cuerpos de seguridad pública), redefinición de la justicia militar, reforma de la civil¹⁰⁸⁰, y depuración y reducción de las Fuerzas Armadas a través del establecimiento de la denominada “Comisión Ad Hoc”¹⁰⁸¹. Señaladamente, el Acuerdo de México de 1991 ya preveía la pertinencia de investigar cualquier caso y aplicar las disposiciones legales a cualquier hecho contrario a la ley, con independencia de la futura acción de la Comisión de la Verdad; principio que se materializaría, rotundamente, en el Acuerdo de Chapultepec, cuyo apartado “Superación de la Impunidad” disponía que:

“Se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, de que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieran sus autores deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley”¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ Véase, CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 693 (1991)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/693 (1991), 20 de mayo de 1991, párr. 1.

¹⁰⁸⁰ A este respecto conviene recordar que en Informe definitivo de 1992 del Representante Especial de la CDH, el profesor Pastor Ridruejo expresamente recomendó: “la adopción de medidas que impidan toda suerte de amenazas e intimidación psicológica a ciertos sectores de la población; la persistencia en el impulso a la reforma judicial; la creación de un cuerpo de investigación criminal eficiente que dependa del poder judicial...” Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe definitivo de la Comisión de Derechos Humanos sobre...”, *doc. cit.*, párr. 142.

¹⁰⁸¹ Aunque, como ya se ha mencionado, el análisis de este tipo de medidas no corresponde a este trabajo, debe al menos apuntarse que pese a los retrasos, quejas y dificultades de toda índole, la totalidad de los ciento dos oficiales en activo señalados por la Comisión fueron finalmente removidos de sus puestos el 30 de junio de 1993. Con independencia de las limitaciones e imperfecciones del sistema, este hecho sin precedentes ha de ser valorado como esencial en el proceso de control de las Fuerzas Armadas por las autoridades civiles.

¹⁰⁸² Vid. Capítulo I, apartado 5, del Acuerdo de Chapultepec de 16 de enero de 1992.

Desde este enfoque podría valorarse igualmente la Ley de Reconciliación Nacional¹⁰⁸³, emitida como consecuencia inmediata del fin del conflicto armado. Aunque esta norma incluía en su artículo 1 una nueva amnistía para aquéllos que habían cometido delitos políticos, comunes conexos con éstos y delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, en su artículo 6 se establecía que:

“No gozarán de esta gracia las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso. Así mismo, no se aplicará esta gracia a los que hubieren sido condenados por el Tribunal del Jurado por cualquiera de los delitos cubiertos por esta amnistía. La Asamblea Legislativa, 6 meses después de conocer el informe final de la Comisión de la Verdad, podrá tomar las resoluciones que estime convenientes en estos casos.”

En este orden de ideas, el informe de la Comisión de la Verdad reconoció la imperatividad de sancionar a los responsables de los crímenes que había documentado e identificado con nombres y apellidos¹⁰⁸⁴; plasmando a continuación, un interesante conjunto de reflexiones sobre sus reales posibilidades de aplicación, sobre las que volveré más adelante¹⁰⁸⁵.

Tras la publicación del informe de la Comisión el 15 de marzo de 1993, la respuesta oficial a esta línea de iniciativas y recomendaciones se concretó en el total desacuerdo y rechazo público de miembros de la oligarquía dominante, el poder ejecutivo, el estamento militar, y la Corte Suprema de Justicia. Así, por referir algunos ejemplos, el Ministro de la Presidencia declaró que el informe era poco serio, incompleto, desequilibrado, y en definitiva, suponía un insulto para la sociedad salvadoreña. Por su parte, la respuesta y presiones de las Fuerzas Armadas provinieron esencialmente de la conocida como “tandona”: El grupo de oficiales que se habían graduado en la misma promoción que el General Ponce, Ministro de Defensa y señalado como responsable de múltiples crímenes. En términos generales, los argumentos de todos ellos pueden resumirse en las declaraciones realizadas por el mismo Ponce, rodeado de otros oficiales, en un programa de televisión el 23 de marzo de 1993, en las que definió el informe como parcial, incompleto, injusto, ilegal, inmoral, insolente y totalmente inaceptable. La posición oficial de la Corte Suprema fue rechazar enérgicamente las conclusiones y recomendaciones que contra la administración de justicia de El Salvador en general, y contra la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la misma, en particular, contenía el informe; valorándolas, a la postre, como un ataque directo a su dignidad.

Para encontrar la explicación última a todas estas manifestaciones y ataques bastará con recordar que en el Prólogo de Castillo Figoroa al Informe se advertía: “E/

¹⁰⁸³ Decreto Legislativo N°. 147 de 23 de enero de 1992.

¹⁰⁸⁴ Sobre esta decisión, véanse las explicaciones de uno de los autores del informe en BUERGENTHAL, T.: “La Comisión de la Verdad para...”, *op. cit.*, págs. 34-38. Anótese que, señaladamente, el nombramiento de los autores concretos de las violaciones determinaría las posteriores respuestas de rechazo cuando el informe se hizo público.

¹⁰⁸⁵ Sin perjuicio de lo ya mencionado en el apartado 3. b) del Capítulo VII, véase el Capítulo X.

problema grave suscitado en torno al informe de la Comisión se debe a que los militares y otros sectores civiles de la oligarquía, como la Corte Suprema de Justicia y todo el aparato del poder Judicial, fueron claramente denunciados por su actitud corrupta y servil, hasta el punto de haber contribuido a impedir la extradición de uno de los asesinos del Arzobispo Romero. Por primera vez en la historia salvadoreña fueron señalados públicamente los militares y funcionarios civiles por sus actos de corrupción y fue pedida su "destitución" o su renuncia por una comisión que contaba con la autoridad moral de que gozaba la Comisión de la Verdad. A propósito de la veracidad del informe de la Comisión de la Verdad, un prominente miembro de la oligarquía se expresó en estos términos: ¿y por qué tanto problema por el informe de la Comisión de la Verdad, si todo lo que dice es cierto? En efecto, todos teníamos conocimiento de quiénes eran los asesinos del Arzobispo Romero: también sabíamos cómo es que uno de los responsables pudo huir a los Estados Unidos; sabíamos quién ordenó el asesinato de los jesuitas, quién ordenó los bombardeos indiscriminados en Mejicanos, quiénes fueron responsables del asesinato de algo más de mil personas en El Mozote, etc., etc. Lo nuevo es que lo dijese una Comisión que había podido investigar los casos, que contaba con gran autoridad moral para denunciar no sólo a los militares sino también a civiles organizadores de los escuadrones de la muerte; es novedoso que una comisión oficial pidiese que debían continuarse investigaciones para descubrir a los oligarcas que desde Miami organizaban o financiaban a los "escuadrones de la muerte..."¹⁰⁸⁶.

La reacción del Presidente Cristiani tampoco se hizo esperar; de hecho, se adelantó a la misma presentación del informe. Un día antes a que se hiciera público su contenido proclamó su ya célebre "*perdón y olvido*"¹⁰⁸⁷; que poco después tomaría cuerpo y letra en la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz, de 20 de marzo¹⁰⁸⁸. Por aquellos entonces se dijo que la limitada amnistía de la Ley de Reconciliación Nacional no era compatible con el desarrollo del proceso democrático.

El artículo 1 de esta norma dispuso, en consecuencia:

*"Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos. La gracia de la amnistía se extiende a las personas a las que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional, contenida en el Decreto Legislativo Número 147, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos y publicado en el Diario Oficial Número 14 Tomo 314 de la misma fecha"*¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Vid. COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: *De la Locura a la Esperanza...*, op. cit., Prólogo, ¿Por qué tanto problema en torno al Informe de la Comisión de la Verdad?

¹⁰⁸⁷ La propia Com.IDH subraya en su informe sobre El Salvador de 1994 la falta de apoyo del ejecutivo al contenido del informe de la Comisión, reproduciendo a continuación algunas reveladoras manifestaciones del Presidente Cristiani. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador", OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994, Capítulo II.4.

¹⁰⁸⁸ Decreto N°. 486 de 20 de marzo de 1993.

¹⁰⁸⁹ Resulta interesante destacar que entre los delitos políticos se incluyeron una serie de delitos contra la administración de justicia; demostrando el deseo de abarcar los hechos que precisamente había denunciado la Comisión de la Verdad, y negado las máximas autoridades judiciales.

De este modo, se completaba la Ley de Reconciliación Nacional dinamitando el contenido de su artículo 6; esto es, se decretaba una amnistía absoluta para todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado salvadoreño. Desde entonces, esta norma se ha aplicado a múltiples casos, incluso aquéllos que tuvieron una mayor repercusión internacional como el asesinato de los seis jesuitas o la muerte de Herbert Anaya Sanabria.

Esta situación no se vio alterada por los inmediatos recursos de inconstitucionalidad presentados ante la Corte Suprema de Justicia, hasta que en el 2000 la Corte finalmente cambió su criterio anterior y estableció que la ley era constitucional, pero que serían las autoridades judiciales las que decidirían si se llevaba a cabo el procesamiento en tres casos: 1) Cuando se trate de una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penada por la ley; 2) cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos, sean éstos civiles o militares; y 3) cuando el delito se haya realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la amnistía, la conmutación o el indulto¹⁰⁹⁰.

De este modo, aunque el fallo mantenía la amnistía para la mayoría de los crímenes cometidos durante el enfrentamiento armado, permitía el procesamiento de algunos otros casos perpetrados entre el 1 de junio de 1989 y el 1 de junio de 1994. Sin embargo, en la práctica la administración de justicia ha sido incapaz, por falta de voluntad o poder, de llevar a la realidad tal posibilidad. Como ejemplos paradigmáticos, baste referirse a la descripción hecha por la Com.IDH sobre la causa por el asesinato de Monseñor Romero¹⁰⁹¹, o en lo más reciente, al *caso de las Hermanas Serrano Cruz*¹⁰⁹².

Cabe destacar, no obstante, la creación, el 5 de octubre de 2004, de la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador, como un paso positivo en lo relativo a la investigación, si bien su reglamento y funcionamiento internos no han sido aún desarrollados.

En cuanto a las reparaciones, las similitudes de la experiencia de El Salvador con las de Guatemala y Honduras comportan las mismas consecuencias derivadas de la ausencia de sanciones penales; debiendo destacar en este sentido que según el artículo 4. e) de la Ley de Amnistía General *“la amnistía concedida por esta ley, extingue en todo caso la responsabilidad civil.”*

Así, la situación descrita ha terminado por suscitar igualmente acciones judiciales en otros Estados, como las habidas en los Estados Unidos de América contra

¹⁰⁹⁰ Cfr. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia No. 24-97/21-98, de 26 de septiembre de 2000.

¹⁰⁹¹ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 37/00, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, caso 11.481”, de 13 de abril de 2000.

¹⁰⁹² Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 120.

los Generales García y Vides Casanova¹⁰⁹³, el Capitán Saravia¹⁰⁹⁴ o, en la actualidad, el ex Viceministro Carranza¹⁰⁹⁵.

De otro lado, el informe de la Comisión de la Verdad contenía una serie de recomendaciones para lograr la reparación material y moral de las víctimas, entre las que cabe destacar la creación de un fondo de compensación, construcción de un memorial, fijación de un día en recuerdo de las víctimas, etc. Todas ellas han sido desoídas por las distintas autoridades salvadoreñas. De este modo, si ya en 1995, Popkin señalaba que “*nor has the government undertaken any effort to rehabilitate the victims or create the kind of memorial that could provide some moral compensation*”¹⁰⁹⁶, diez años después, Cuéllar Martínez concluye que: “*En la práctica, no se cumplió nada de este grupo de recomendaciones*”¹⁰⁹⁷.

2. b) Suramérica.

Los regímenes autoritarios que precedieron a la ola de transiciones en Suramérica se diferenciaron con mayor claridad que sus pares centroamericanos de los caudillismos tradicionales de Iberoamérica. Se trató de regímenes desmovilizadores y represivos sostenidos por unas Fuerzas Armadas que como institución habían alcanzado significativos niveles de autonomía profesional, y que con excepciones parciales como el caso chileno o peruano, legitimaron su actuación en cuerpos doctrinarios aceptados por razones ideológicas y no por adhesiones personales hacia el líder.

En cuanto al grado de represión identificado, aunque varió en cada uno de estos países -en atención a circunstancias como la intensidad del sentimiento de amenaza experimentado por las clases dominantes, la capacidad demostrada por la sociedad civil para responder a las violaciones de los derechos humanos, y a la propia percepción de las Fuerzas Armadas respecto a las necesidades represivas para fundar su

¹⁰⁹³ Condenados a pagar más de cincuenta y cuatro millones de dólares por su responsabilidad en las torturas de tres salvadoreños. Cfr. *United States District Court, Southern District of Florida, Juan Romagoza Arca v. José Guillermo García and Carlos Eugenio Vides Casanova*, case No. 99-8364 CIV-HURLEY, 23 de julio de 2002. Para más datos, véase <http://www.cja.org/cases/romagoza.shtml>.

¹⁰⁹⁴ El 3 de septiembre de 2004, un juez de California declaró culpable a Álvaro Saravia, ex capitán del ejército salvadoreño, del asesinato del arzobispo Óscar Romero en marzo de 1980 en San Salvador. El juez estimó que se había tratado de un crimen de lesa humanidad. Se ordenó a Saravia, *in absentia*, pagar 10 millones de dólares estadounidenses en concepto de reparación y daños punitivos. Los documentos relativos a este caso pueden obtenerse en <http://www.cja.org/cases/romero.shtml>.

¹⁰⁹⁵ Consúltense el desarrollo de este caso en <http://www.cja.org/cases/carranza.shtml>.

¹⁰⁹⁶ *Vid.* POPKIN, M.: “El Salvador: A Negotiated End...”, *op. cit.*, pág. 215.

¹⁰⁹⁷ *Vid.* CUÉLLAR MARTÍNEZ, B.: “Los dos rostros de la sociedad...”, *op. cit.*, pág. 163.

“orden político”¹⁰⁹⁸-, puede adelantarse que la intensidad cuantitativa y cualitativa de los crímenes cometidos fue sensiblemente menor a la registrada en Centroamérica.

A lo anterior hay que agregar que con la excepción de las experiencias de Colombia, y puntualmente del Perú, si bien resulta una cuestión compleja la determinación de las brumosas fronteras entre un conflicto armado interno y las tensiones y disturbios internos como ya se advirtió, en los casos sudamericanos las evidencias para sostener la concurrencia de los requisitos de un verdadero conflicto armado son más que escasas. En consecuencia, el estudio de lo acaecido en estos Estados se simplifica sensiblemente, debiendo adelantar, o recordar, que las alegaciones a un conflicto armado se esgrimieron fundamentalmente como excusa o justificación del estamento militar para tomar el poder o para implementar, y encubrir, su política represiva.

Junto a ello, el peso y papel internacionales de estos Estados atrajo una notable atención tanto por parte de la Comunidad Internacional como por la mayoría de la doctrina; realidad que, a la postre, facilita toda aproximación a los mismos.

En conclusión, las experiencias suramericanas presentan, *a priori*, menores retos de análisis que los casos centroamericanos; pero al mismo tiempo, una diversidad de soluciones e iniciativas durante sus procesos de transición tan variadas como relevantes para lo que en este trabajo se pretende.

2.b. 1) Argentina.

El análisis de la última transición argentina¹⁰⁹⁹ permite observar la implementación del más abundante conjunto de medidas para abordar los crímenes

¹⁰⁹⁸ En este sentido, FRÜHLING EHRlich, H.: “La defensa de los Derechos Humanos en el Cono Sur. Dilemas y perspectivas de futuro”, en FRÜHLING EHRlich, H. (ed.): *Represión política y defensa de los Derechos Humanos*, CESOC, Chile, 1986, págs. 16-17.

¹⁰⁹⁹ La bibliografía sobre la experiencia argentina es ingente, con lo que tras un proceso de selección inevitable, para realizar este resumen se ha optado por escoger los siguientes trabajos: ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C.: “Guaring the Guardians in Argentina: Some Lessons about the Risks and Benefits of Empowering the Courts”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*; AGEITOS, S. M.: *La Historia de la Impunidad - Argentina (1976/1989): Desde las Actas del Proceso a los Indultos de Menem*, KO'AGA ROÑETA, SERIE X, 1997 (disponible en versión electrónica en <http://www.derechos.net/koaga/ageitos/>); ALCÁNTARA SÁEZ, M. y FLORIA, C.: *Democracia, transición y crisis en Argentina*, Cuadernos de CAPEL N°. 33, Insitituto Interamericano de Derechos Humanos – Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, 1990; ANDERSEN, M. E.: *Dossier Secreto. El mito de la guerra sucia*, Planeta, Buenos Aires, 1993; BALZA, M. A.: *Dejo constancia. Memorias de un general argentino*, Planeta, Buenos Aires, 2001; BARAHONA DE BRITO, A.: “Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia...*, *op. cit.*; BRYSK, A.: *The Politics of Human Rights in Argentina: Protest, Change and Democratization*, Stanford University Press, Stanford, 1994; CARBALLAL, T. y RUSSELL, R.: “Democracia y autoritarismo en Argentina: obstáculos a la redemocratización”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transición a la democracia en...*, *op. cit.*; CARRERAS, J.: *Movimientos Revolucionarios Armados en la Argentina...*, *op. cit.*; CAVAROZZI, M.: “Los ciclos políticos en la Argentina desde 1955”, en O'DONNELL, G.,

cometidos en el último período de gobierno autoritario que padeció el país (1976-1983). Utilizo la palabra “último” pues, en concordancia con los casos ya reseñados, con anterioridad a este gobierno militar la historia de Argentina estuvo marcada por una serie de golpes de Estado -en 1930, 1943, 1955, 1962 y 1966- y reinstauraciones de débiles regímenes democráticos -entre 1930 y 1980 tan sólo dos Presidentes elegidos democráticamente pudieron terminar su mandato, ambos militares-; procesión que en todo caso, se vería cualitativamente alterada a partir del golpe del 24 de marzo de 1976.

En lo que aquí ocupa, conviene advertir que en perspectiva histórica el proceso de “profesionalización” de las Fuerzas Armadas argentinas culminaría con el golpe de Estado del General Onganía (29 de junio de 1966), que abriría un período -autodenominado como “la Revolución Argentina”- en el que la represión¹¹⁰⁰ fue eliminando espacios a la participación ciudadana¹¹⁰¹; creándose una espiral de violencia que se agudizaría con diversas acciones estudiantiles¹¹⁰², y alcanzaría su cenit el 29 de mayo de 1969 con la insurrección popular conocida como el “Cordobazo”¹¹⁰³.

SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, op. cit.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina”, OEA/Ser.L/V/II. 49, doc. 19, 11 de abril de 1980; COMISIÓN NACIONAL SOBRE DESAPARICIÓN DE PERSONAS: *Nunca más...*, op. cit.; GARCÍA P.: *El drama de...*, op. cit.; GIRÓN, J.: “Partidos políticos, militares y transiciones en Argentina”, y RODRÍGUEZ, M.: “El sindicalismo en la transición política argentina”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas...*, op. cit.; LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past...*, op. cit., en especial su capítulo 4: “Argentina: Struggle for accountability”; MALAMUD-GOTI, J.: “Punishing Human Rights Abuses in Fledgling democracies: The Case of Argentina”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity...*, op. cit.; NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad...”, op. cit., en especial págs. 71-92; TAPPATÁ DE VALDEZ, P.: “Argentina. El pasado, un tema central del presente. La búsqueda de verdad y justicia como construcción de una lógica democrática”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y...*, op. cit.; RIGBY, A.: *Justice and Reconciliation After...*, op. cit., en especial págs. 67-76; ROHT-ARRIAZA, N.: *The Pinochet...*, op. cit., en especial capítulos 4-6; SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, op. cit.; SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal...*, op. cit.; SCHWARTZ W., D.: “Rectifying Twenty-five Years of Material Breach: Argentina and the Legacy of the ‘Dirty War’ in International Law” en *Emory International Law Review*, vol. 18, núm 1, 2004; VEZZETTI, H.: *Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002; VV.AA.: “Argentina”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, op. cit., vol. II. En el desarrollo posterior de este repaso a la transición argentina no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

¹¹⁰⁰ Posiblemente uno de los episodios más significativos de este período fue la conocida como “Noche de los Bastones Largos”: La noche del 29 de julio de 1966 se celebraron una serie de asambleas en la Universidad de Buenos Aires en protesta por los intentos del nuevo régimen de someter la libertad de expresión y enseñanza; la policía accedió a los locales, retuvo a los participantes cara a la pared, y los golpeó durante veinticinco minutos. Al final de la jornada, ciento cincuenta personas fueron detenidas y alrededor de cuarenta y cinco quedaron gravemente heridas. Como resultado de estos hechos, más de mil cuatrocientos profesores universitarios y maestros de escuela renunciaron a sus puestos como protesta.

¹¹⁰¹ Uno de los objetivos inmediatos del régimen del General Onganía fue la supresión de toda actividad de los partidos políticos e instituciones parlamentarias; meta que se logró en tan sólo un par de años. Junto a ello, los sindicatos fueron profundamente intervenidos y el derecho de huelga abolido.

¹¹⁰² El 15 de mayo de 1969, en Corrientes, miles de universitarios se manifestaron contra el aumento de los precios del comedor universitario, enfrentándose contra la policía. En aquella jornada, caería muerto el estudiante Juan José Cabral. Tres días después, en Rosario se realizaron protestas estudiantiles en las que sería asesinado Adolfo Bello. A su entierro concurrieron más de diez mil manifestantes. El 21 de mayo se

El debilitado gobierno de Onganía se vería entonces acuciado tanto por disensiones internas dentro del estamento militar como por importantes acciones armadas de grupos guerrilleros: Si bien al calor de la revolución cubana ya se habían registrado algunas acciones guerrilleras en el empobrecido noroeste del país, sería a partir de 1967 cuando surgieron los grupos más importantes, como las Fuerzas Armadas Peronistas, los Descamisados, las Fuerzas Armadas Revolucionarias, o las Fuerzas Armadas de Liberación. En 1970 surgirían los Montoneros y el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), secuestrando y asesinando, el primero de ellos, al ex-Presidente Aramburu (1955-1958) el 1 de junio de 1970¹¹⁰⁴, figura en la que el General Onganía había puesto sus esperanzas para reflotar su régimen. Este hecho precipitó la caída de Onganía, que fue sucedido por el General Levingston (1970-1971), al que depondría el General Lanusse (1971-1973) bajo la promesa de iniciar un proceso de transferencia del poder a un gobierno electo.

El 11 de marzo de 1973 se celebrarían elecciones presidenciales, en las que vencería Cámpora bajo la fórmula “Cámpora al gobierno, Perón al poder”¹¹⁰⁵. Pese a ciertos amagos de nuevo golpe de Estado, y tras una amplia amnistía para todos los detenidos por motivos políticos¹¹⁰⁶, este lema se materializó tras su renuncia y convocatoria de nuevas elecciones, en las que se impondría un Perón recién regresado, tras dieciocho años, de su exilio en España. Su tercera esposa, María Estela Martínez de Perón, conocida como Isabelita, resultaría elegida como vicepresidente.

La violencia e inestabilidad fueron los signos característicos de este período. Durante 1970-1972 se registraron alrededor de doscientas cuarenta acciones de los grupos guerrilleros, de entre todas ellas, caben destacar: en julio de 1970 los Montoneros tomaron el pueblo de La Calera, en la provincia de Córdoba; en agosto, las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) ocuparon el pueblo de Garín, en la provincia de Buenos Aires; en abril de 1972 miembros del ERP y de las FAR asesinarían al General Sánchez en Rosario, y unas horas después, resultaría muerto el empresario Sallustro tras haber sido secuestrado durante diecinueve días por el ERP. Como respuesta a estas acciones se incrementó una “política antiterrorista” llevada a cabo desde los servicios de inteligencia militar. Cientos de personas fueron detenidas y

declaró la “huelga universitaria” en Rosario, que fue reprimida por la policía, muriendo en los enfrentamientos el estudiante Norberto Blanco.

¹¹⁰³ La Confederación General del Trabajo, liderada por el combativo Ongaro desde marzo de 1968, declaró un paro nacional para el 30 de mayo; que en la ciudad de Córdoba se adelantó al 29, día del Ejército. A las once de la mañana de esa jornada, diversas columnas obreras tomaron el centro de la ciudad de Córdoba. Los primeros enfrentamientos con la policía tendrían como resultado la muerte del obrero Máximo Mena. La lucha continuó durante dos días, apoyada por casi todos los partidos locales. Los obreros llegaron a controlar más de ciento cincuenta manzanas de la ciudad, y a repeler a las fuerzas policiales y hasta a los paracaidistas de las Fuerzas Armadas.

¹¹⁰⁴ Oficialmente, los Montoneros declararon que Aramburu había sido juzgado y ajusticiado por sus crímenes; constituyendo el primer ejemplo de lo que denominarían “justicia popular”. Existe, no obstante, cierta polémica sobre el responsable último de este crimen; señalando, algunos datos, a miembros del propio círculo del ejecutivo de Onganía.

¹¹⁰⁵ La Ley de Residencia impuesta por el General Lanusse impedía que Perón pudiera presentarse a esas primeras elecciones; por ello, Cámpora, delegado personal de Perón, se presentó en su lugar.

¹¹⁰⁶ Véase Ley No. 20508 de 27 de mayo de 1973.

torturadas, y alrededor de una veintena “desaparecieron”; entre todos estos crímenes destacó la ejecución de diecisiete prisioneros políticos en agosto de 1972 –la conocida como “masacre de Trelew”.-

Ciertamente, la propia llegada de Perón a Argentina condensó muchas de estas tensiones en un solo episodio. En la que ha sido considerada como una de las mayores manifestaciones de la historia de Argentina, entre uno y tres millones de personas acudieron, el 20 de junio de 1973, al aeropuerto de Ezeiza para dar la bienvenida a Perón. A partir de las 3 de la mañana de ese día se originaron una serie de confusos enfrentamientos entre peronistas, y entre éstos y Fuerzas de Seguridad –dirigidas por el Coronel Osinde-, que dejaron un saldo de más de veinte muertos y cuatrocientos heridos.

Durante la breve presidencia de Perón aparecería públicamente la Alianza Anticomunista Argentina (la Triple A), organizada por el Ministro de Bienestar Social, López Rega, ya durante el gobierno interino de Lastrini en 1973. El primer atentado de la Triple A tuvo lugar el 21 de noviembre de 1973, cuando en represalia por el asesinato del sindicalista Rucci a manos de los Montoneros fue colocada una bomba que mutiló al senador Solari Yrigoyen. Durante los dos años siguientes, la Triple A llevó a cabo múltiples atentados contra personas supuestamente afines a los movimientos guerrilleros. Así, según el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), la Triple A fue responsable de diecinueve homicidios en 1973, cincuenta en 1974 y trescientos cincuenta y nueve en 1975.

La violencia generalizada –se calcula que en esos meses había un asesinato por motivos políticos cada diecinueve horas- no se mitigó tras el fallecimiento de Perón el 1 de julio de 1974, y la asunción de la Presidencia por parte de María Estela Martínez de Perón. El 6 de noviembre de 1974 se declararía el estado de sitio, y poco después la actividad del ERP en Tucumán, oficialmente exagerada, fue respondida por la nueva Presidenta con la emisión del Decreto Secreto N°. 261/75, en virtud del cual:

“ARTICULO 1º.- El comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de TUCUMAN.

ARTICULO 2º.- El Ministerio del Interior pondrá a disposición y bajo control operacional del Comando General del Ejército los efectivos y medios de la Policía Federal que le sean requeridos a través del Ministerio de Defensa, para su empleo en las operaciones a que se hace referencia en el Artículo 1º.”

Sobre la base de esta previsión, las acciones militares se encuadraron en la “Operación Independencia”, que comenzó oficialmente el 9 de febrero de 1975. Aunque las Fuerzas Armadas presentaron este enfrentamiento como una verdadera guerra (fue calificada por el General Menéndez como “el estalingrado del ERP”), en realidad ha de ser valorada como un campo de entrenamiento para perfeccionar las tácticas de la “guerra sucia”, y un mecanismo propagandístico usado por las mismas Fuerzas Armadas. Frente a los cinco mil soldados movilizados, el ERP nunca pudo contar con más de ciento cuarenta guerrilleros en el campo de batalla.

El 5 de octubre de 1975 los Montoneros atacaron una guarnición del Ejército, una prisión federal y un aeropuerto de la capital de la provincia de Formosa y secuestraron un Boeing 737 de Aerolíneas Argentinas. En estas acciones resultaron muertos más de una treintena de personas, entre guerrilleros y soldados. Un día después del que se valoró como primer ataque de los Montoneros al ejército argentino, el decreto 261/75 fue ampliado mediante el Decreto Secreto N°. 2772, en cuyo articulado se disponía:

“Art. 1°-- Las Fuerzas Armadas bajo el Comando Superior del Presidente de la Nación que será ejercido a través del Consejo de Defensa¹¹⁰⁷ procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país.

Art. 2°-- El Ministerio de Economía proveerá los fondos necesarios para el cumplimiento del presente decreto”.

Lo dispuesto en ambos Decretos, especialmente la orden de “aniquilar” (el accionar de los elementos) subversivos, sería retiradamente invocado por las integrantes de las Fuerzas Armadas para legitimar su creciente actividad represiva; alegaciones que, conviene adelantar, serían igualmente utilizadas para justificar, y defender, su actuación al llegar la democracia.

En estos momentos, Argentina ya aparecía integrada en los “territorios sin fronteras” del denominado como “Plan Condor”, como ya anunció el asesinato del General chileno retirado Prat el 30 de septiembre de 1974 en Buenos Aires¹¹⁰⁸.

La violencia, la represión, el caos y el desgobierno sumieron a la presidencia de Martínez de Perón en una crisis y acoso constantes que no hacían más que profundizarse con las reiteradas críticas de determinadas organizaciones empresariales y de las mismas Fuerzas Armadas. Al mismo tiempo, éstas, que habían logrado que la Presidenta les entregara la misión de terminar con la subversión, y habían acabado prácticamente con el ERP¹¹⁰⁹ y reducido a la mitad los efectivos de los Montoneros, cada vez se sintieron más convencidas de que sólo ellas podían salvar a una sociedad argentina que consideraban “enferma”.

Así, tras el frustrado golpe de Estado de diciembre de 1975, capitaneado por oficiales de la Fuerza Aérea, el 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas en bloque depondrían a la Presidenta Martínez de Perón, asumiendo el poder una Junta Militar constituida por los Comandantes Generales Videla –del Ejército–, Massera –de la Armada–, y Agosti –de la Fuerza Aérea–. En el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, redactada ese mismo día, se dispuso:

¹¹⁰⁷ Véanse, sobre estos organismos, los Decretos N°. 2770 y 2771 de 6 de octubre de 1975.

¹¹⁰⁸ Sobre esta cuestión, así como sobre el mismo “Plan Condor”, véase apartado 2.b. 3) de este Capítulo.

¹¹⁰⁹ Un ERP debilitado tras el operativo en Tucumán fue prácticamente exterminado cuando atacó el Arsenal 601 en el suburbio de Monte Chingolo. De los aproximadamente cien guerrilleros que participaron en el ataque, entre cincuenta y ochenta resultaron muertos en el combate o asesinados posteriormente.

“... visto el estado actual del país (...) resuelven:

- 1.-Constituir la Junta Militar con los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas de la Nación, la que asume el poder político de la República.*
- 2.-Declarar caducos los mandatos del Presidente de la Nación Argentina y de los Gobernadores y Vicegobernadores de las provincias.*
- 3.-Declarar el cese de sus funciones de los Interventores Federales en las provincias al presente intervenidas, del Gobernador del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y del Intendente Municipal de la Ciudad de Bs As.*
- 4.-Disolver el Congreso Nacional, las Legislaturas Provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Consejos Municipales de las provincias u organismos similares.*
- 5.-Remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación y a los integrantes de los Tribunales Superiores Provinciales.*
- 6.-Remover al Procurador del Tesoro.*
- 7.-Suspender la actividad política y de los Partidos Políticos, a nivel nacional, provincial y municipal.*
- 8.-Suspender las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales.*
- 9.-Notificar lo actuado a las representaciones diplomáticas acreditadas en nuestro país y a los representantes argentinos en el exterior, a los efectos de asegurar la continuidad de las relaciones con los respectivos países.*
- 10.-Designar, una vez efectivizadas las medidas anteriormente señaladas, al ciudadano que ejercerá el cargo de Presidente de la Nación.*
- 11.-Los Interventores Militares procederán en sus respectivas jurisdicciones por similitud a lo establecido para el ámbito nacional y a las instrucciones impartidas oportunamente por la Junta Militar.”*

Asumida la Presidencia de la Junta, y del país, por el General Videla, se inauguraría un gobierno militar que perduraría durante siete años guiado con una intención clara e inequívoca. Tal y como declaró el General Saint Jean: *“Primero mataremos a todos los subversivos, después mataremos a sus colaboradores, después a sus simpatizantes, después a los que permanezcan indiferentes, y finalmente a los tímidos”*¹¹¹⁰.

La noche anterior y el mismo día del golpe los militares ocuparon los principales complejos industriales con listas en las manos. Las detenciones clandestinas tornaron en una práctica masiva, se instalaron más de quinientos centros secretos en recintos militares o pertenecientes a las fuerzas policiales, las torturas se generalizaron y la desaparición forzosa se convirtió en un instrumento común en el accionar de las Fuerzas Armadas. La que se conociera como “guerra sucia” contra la subversión adquiriría a partir de entonces carta de naturaleza, consolidándose como característica esencial la clandestinidad, u ocultación de la verdad, en un intento de evitar la mala prensa que había recaído sobre el régimen militar chileno¹¹¹¹. Igualmente, la articulación

¹¹¹⁰ Citado en BALZA, M. A.: *Dejo constancia...*, op. cit., pág. 252.

¹¹¹¹ Tal y como magistralmente ha expuesto Sancinetti *“si hubiera que describir lo sucedido en una frase, habría que decir que, al tiempo que en las facultades de derecho se enseñaba, no sin solemnidad, el art. 18 de la Constitución nacional, según el cual “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado por la ley antes del hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”; que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”; que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”; que “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados...”;* que *“las quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas política, toda especie de tortura y los azotes”; que “las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y (que) toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar más allá de lo que aquélla (la seguridad) exija, hará*

del país dentro de los operativos del “Plan Condor” se haría plenamente efectiva –afectando en especial a ciudadanos uruguayos¹¹¹²; incorporación para la que no fue ningún obstáculo la controversia abierta con Chile por el “Canal de Beagle”¹¹¹³.

La Doctrina de la Seguridad Nacional fundamentó una dimensión meramente reactiva que se vio acompañado de un proyecto (la “Reorganización Nacional”) de transformación y adecuación de la sociedad a los presupuestos de las Fuerzas Armadas; orientando todo el aparatado represivo hacia la imposición de un modelo económico-social que permitiera destruir las bases anteriores y construir un nuevo país. Dentro de esta lógica, se procedió a exterminar toda forma de organización política, las estructuras del movimiento obrero y sindical, los centros de estudiantes universitarios y de secundaria¹¹¹⁴, los intelectuales y las asociaciones de profesionales; familiares, amigos, o simplemente personas incluidas en las agendas de los sujetos implicados en alguna de estas actividades fueron igualmente objetivo de las Fuerzas Armadas en múltiples ocasiones.

A pesar de que en el “Documento final sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo”¹¹¹⁵ la Junta Militar afirmó que los grupos guerrilleros contaron en su apogeo con veinticinco mil miembros, de los que quince mil eran combatientes, tan sólo trescientos cincuenta fueron juzgados y condenados por Consejos de Guerra; resultando que al margen de la falsedad de estas cifras¹¹¹⁶, las mismas tan sólo

*responsable al juez que la autorice”; al tiempo –decía- en que eran enseñadas estas garantías, y otras anejas (...), miles de ciudadanos eran sacados de sus casas y de la tranquilidad de la noche familiar, sin exhibírsele orden legítima alguna, ni que se lo pusiera bajo disposición de ningún juez, sin que se le imputara nada, ni se le dijera la razón de su detención u ofreciera posibilidad alguna de defensa, son respetar su individualidad moral, ni su integridad corporal, ni sus creencias, ni su familia, ni sus afectos, ni sus bienes, y sometido a todo tipo de padecimientos horribles. Gente con menos suerte que uno iba muriendo en centros clandestinos de detención, en circunstancias que la dictadura y el periodismo llamaban enfrentamiento de guerra. Hasta cuerpos de niños de 14, 15 y 16 años eran incinerados junto a llantas de neumáticos para aplacar el olor de la quema de carne humana. Se decía que ponían en peligro la seguridad nacional.” Vid. SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., págs. 7-8.*

¹¹¹² Para más datos, véase el Informe Final de la Comisión para la Paz en el apartado siguiente.

¹¹¹³ La controversia territorial entre Argentina y Chile por el canal de Beagle, y la zona adyacente a éste, se remonta al tratado entre los dos Estados de 1881, ratificado en los Pactos de 1902. A pesar de estos acuerdos, las diferencias persistieron hasta el laudo arbitral de 1977, que favoreció las tesis chilenas. Argentina consideraría nulo este laudo en 1978, abriendo una profunda crisis diplomática entre ambos Estados que no se mitigaría a pesar de la reunión entre el General Pinochet y el General Videla en enero de 1978. Aunque el enfrentamiento armado parecía inmediato, el mismo se evitó gracias a la mediación del Papa Juan Pablo II en diciembre de 1978.

¹¹¹⁴ Por la relevancia internacional que adquirió uno de estos hechos, ha de ser citada la conocida como “Noche de los Lápices”: Esta operación, que se desarrolló el 16 de septiembre de 1976, supuso la detención y desaparición de seis estudiantes de secundaria en la ciudad de La Plata (el otro detenido, Pablo Díaz, reapareció posteriormente). Su crimen fue haber tomado partido en una campaña a favor del boleto escolar (un sistema de descuentos en las tarifas de transporte). Existe una excelente película sobre este hecho de 1986 titulada “La Noche de los Lápices”, dirigida por Héctor Olivera.

¹¹¹⁵ Emitido por Radio y Televisión el 28 de abril de 1983. Puede consultarse una versión electrónica en <http://www.nuncamas.org/investig/saydom/lasombra/lasombra9.htm>.

¹¹¹⁶ No existe unanimidad en el cálculo de los efectivos de los grupos guerrilleros con posterioridad al golpe de Estado, rondando las estimaciones existentes entre los cien y los seiscientos integrantes. No obstante, sí existe acuerdo en que, como se sostuvo, a partir del ataque al arsenal de Monte Chingolo, del ERP, y los ataques de octubre de 1975 por parte de los Montoneros, ambas organizaciones perdieron toda capacidad

evidencian que lo que fue calificado por los Generales de la Junta como “la primera batalla de la Tercera Guerra Mundial”¹¹¹⁷, se libró fuera de los márgenes de la Justicia (aun militar de aquellos años).

En todo caso, aunque aún en 1978 se detectaban algunos atentados aislados de los Montoneros¹¹¹⁸, a finales de ese año todos sus integrantes estaban totalmente *anaquilados* o diezmados¹¹¹⁹; situación que no obstó para que la represión y la comisión de crímenes de derecho internacional se mantuvieran —al tiempo que, no se olvide, se celebraba un Mundial de fútbol en el país—.

Este estado de cosas quedó perfectamente plasmado cuando la Junta, respondiendo a la creciente atención internacional y en un intento de limpiar su imagen, aceptó la visita *in loco* de la Com.IDH. Pese a la fuerte campaña propagandística de las autoridades argentinas, resumida bajo el eslogan “los argentinos somos derechos y humanos”, y los esfuerzos para ocultar la realidad que atravesaba el país¹¹²⁰, el Informe de la Comisión fue tan contundente como posteriormente sustraído a la opinión pública del país:

“... la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe —1975 a 1979— numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, la Comisión considera que esas violaciones han afectado:

- a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos (...).
- b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad; y al haberse prolongado *sine die* el arresto de estas personas (...).
- c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes;
- d) al derecho de justicia y proceso regular, en razón de las limitaciones que encuentra el Poder Judicial para el ejercicio de sus funciones; de la falta de debidas garantías en los procesos ante los tribunales militares; y de la ineficacia que, en la práctica y en general, ha demostrado tener en Argentina el

militar real. Sobre este particular, resulta interesante GARCÍA P.: *El drama de...*, *op. cit.*, en especial págs. 51-58, 175-182, 491-516.

¹¹¹⁷ Citado en ANDERSEN, M. E.: *Dossier Secreto. El mito de la...*, *op. cit.*, pág. 205.

¹¹¹⁸ Así, el 16 de junio el atentado contra el Jefe de la Policía Federal, General Cardozo; el 2 de julio el atentado en el comedor de la Superintendencia de Seguridad Federal; el 17 de diciembre el atentado contra la Subsecretaria del Planeamiento del Ministerio de Defensa; o el 1 de agosto de 1978 el atentado contra el Vicealmirante Lambruschini.

¹¹¹⁹ No obstante lo señalado, conviene apuntar que algunos autores afirman que realmente para 1976 todos los grupos armados de oposición estaban destruidos. Véase, por ejemplo, VEZZETTI, H.: *Guerra, dictadura y sociedad...*, *op. cit.*, págs. 75-77.

¹¹²⁰ Por citar un solo ejemplo, cuando la Comisión visitó el tristemente célebre centro clandestino de detención de la Escuela Mecánica de la Armada no encontró ni detenidos ni prisioneros. Todos ellos habían sido trasladados días antes. Sobre este particular, puede consultarse el interesante libro de VERBITSKY, H.: *El silencio. De Pablo VI a Bergoglio. Las relaciones de la Iglesia con la ESMA*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2005.

recurso de Habeas Corpus, todo lo cual se ve agravado por las serias dificultades que encuentran, para ejercer su ministerio, los abogados defensores de los detenidos por razones de seguridad y orden público, algunos de los cuales han muerto, desaparecido o se encuentran encarcelados por haberse encargado de tales defensas”¹¹²¹.

La desaparición forzada de personas, y más en concreto la utilización de vuelos –los conocidos como “vuelos de la muerte”– para arrojar a los secuestrados/detenidos al mar y hacerlos “desaparecer”¹¹²², fue, a la vez, tanto la técnica más característica de los represores argentinos como la que les planteó los primeros retos públicos en este período. A este respecto, conviene advertir que aunque sólo entre 1976-1978 desaparecieron ciento siete abogados defensores, durante todos estos años se presentaron más de ochenta mil recursos de *habeas corpus* que fueron en su mayoría rechazados o archivados sin investigación previa. Al tiempo, el 30 de abril de 1977, las primeras madres y abuelas de desaparecidos comenzaron a manifestarse en la Plaza de Mayo. Frente a todo ello, el General Videla declararía que “*los desaparecidos son eso, desaparecidos; no están ni vivos ni muertos; están desaparecidos (...) Los desaparecidos no están, no tienen entidad, son entequeías, son incógnitas, no existen*”¹¹²³.

Dentro de esta lógica se inscribió la Ley 22068¹¹²⁴, que en un intento de poner fin a las averiguaciones sobre el paradero de los desaparecidos, disponía que podía declararse el fallecimiento presunto de la persona cuya desaparición del lugar de su domicilio o residencia hubiese sido fehacientemente denunciada entre el 6 de noviembre de 1974 y la fecha de promulgación de la ley¹¹²⁵. La norma fue respondida, en noviembre de ese año, por setecientos familiares de desaparecidos con la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Juez Nacional en lo Civil y Comercial Federal. El recurso fue desestimado.

Los primeros años de relativo éxito en la estabilización económica del país acabarían en 1979-1980. Ya con la Segunda Junta Militar constituida –integrada por el General Viola, el General Galtieri, el Brigadier General Graffigna y el Almirante Lambruschini–, la inflación alcanzó el ciento treinta y nueve por ciento anual, las exportaciones aumentaron un setenta por ciento, la deuda externa se multiplicó de forma exponencial, y el Peso se devaluó brutalmente. La renuncia y sustitución del hasta aquel momento Ministro de Economía, Martínez de la Hoz, no solucionaría una crisis económica que cada vez se haría más profunda.

En lo político, las disensiones en el seno militar se materializarían en la designación del General Viola como sucesor de Videla en la Presidencia. Este hecho

¹¹²¹ *Id.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina”, OEA/Ser.L/V/II. 49, doc. 19, 11 de abril de 1980, Conclusiones, párr. 1.

¹¹²² Sobre este particular, resulta obligado recomendar el trabajo de VERBITSKY, H.: *El vuelo*, Ed. Planeta Espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1995.

¹¹²³ Citado en MÜLLER, E.: “La dictadura en el lenguaje”, en *Psyche-navegante*, núm. 68, agosto de 2005 (disponible en <http://www.psyche-navegante.com>).

¹¹²⁴ Ley 22068 de 12 de septiembre de 1979.

¹¹²⁵ Esta norma se complementaría con la Ley N°. 22062, de 28 de agosto de 1979, que regulaba una serie de beneficios para los familiares de los desaparecidos.

aumentó el enfrentamiento interno en las Fuerzas Armadas, como demostró la protesta de los miembros de la Armada por la elección de un nuevo hombre del Ejército.

Pocos meses después de la asunción del poder por parte del General Viola, y aprovechando una afección cardíaca que padeció, sería relevado por el General Galtieri, el “candidato” de la Armada. Al mismo tiempo, los representantes del Partido Justicialista, Unión Cívica Radical, Partido Demócrata, Partido Intransigente, y del Movimiento de Integración y Desarrollo constituirían la “Alianza o Junta Multipartidaria”, y presentarían un programa para lograr la transición democrática. A esta coalición se aproximarían posteriormente la Confederación General del Trabajo y la Comisión de la Pastoral Social y de Justicia y Paz del Episcopado Nacional.

Acuciado por la crítica situación económica y la creciente movilización social, el General Galtieri planeó organizar una gran acción militar para ocultar los problemas internos que estaba atravesada tanto el país como el régimen: Su finalidad, aglutinar a la sociedad argentina, aumentar el apoyo al gobierno militar, y fortalecer su propio liderazgo personal; su objetivo: la recuperación de las largamente reclamadas islas de las Malvinas, en poder del Reino Unido desde 1833. El 2 de abril de 1982 comandos argentinos desembarcaron en las islas y tomaron control de ellas dando lugar a un conflicto armado con el Reino Unido que se acabaría en junio de ese año, con la total derrota de las Fuerzas argentinas. El desastre en el planeamiento, desarrollo y ejecución de la guerra aceleró la crisis del régimen militar. El General Galtieri sería sustituido por el General Nicolaides, y éste, primero por el General Saint-Jean, y definitivamente por el General Bignone, que convencido de que no quedaban alternativas, desde su designación iniciaría la puesta en marcha de una serie de iniciativas para lograr una salida lo más honrosa posible para los militares argentinos.

Las conversaciones con los sectores de la oposición se intensificarían, y en julio de 1982 se derogarían las normas que prohibían las actividades políticas en el país¹¹²⁶. Junto a ello, se trataron de implementar algunas medidas para perpetuar a los “jueces de la dictadura” en sus cargos, e incluso se intentaría colocar una cláusula prohibitiva para la investigación del pasado en el “Estatuto de los Partidos políticos”, que finalmente sería rechazada, siendo éstos aprobados en agosto de 1982. El día 26 de aquel mes, el General Bignone proclamaría: *“Mi mayor ambición es entregar en orden el gobierno y el país al Presidente Constitucional que me suceda y que ese Presidente Constitucional pueda despedir en mí al último Presidente de facto de la Historia”*¹¹²⁷.

En este contexto debe evaluarse el “Documento Final sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo” de la Junta Militar, en el que se reiteraba la inexistencia de desaparecidos, y se afirmaba que *“únicamente el juicio histórico podrá determinar con exactitud, a quién corresponde la responsabilidad directa de métodos injustos o muertes inocentes”*¹¹²⁸. Quizá para asegurarse que sólo “la historia” les juzgaría, seis meses después se emitió la Ley 22924

¹¹²⁶ Véase Ley 22617, de 16 de julio de 1982.

¹¹²⁷ Citado en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1981-1982”, *doc. cit.*, Capítulo V, Argentina, párr. 21.

¹¹²⁸ *Vid.*, párr. 2 de la Parte Resolutiva del Documento Final sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo, de 28 de marzo de 1983.

de Amnistía de delitos cometidos con motivación, finalidad terrorista o subversiva desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82¹¹²⁹; y un mes después el Decreto secreto N°. 2726/83¹¹³⁰, por el cual se ordenaba la incineración de todo documento oficial comprometedor.

En lo que aquí interesa, ha de tenerse presente que pese a su denominación oficial, en esta ley de amnistía, muy similar al Decreto chileno N°. 2191¹¹³¹, se disponía:

“ARTÍCULO 1° - Decláranse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza, o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos.

ARTÍCULO 2° - Quedan excluidos de los beneficios estatuidos en el artículo precedente, los miembros de las asociaciones ilícitas terroristas o subversivas que, a la fecha hasta la cual se extienden los beneficios de esta ley, no se encontraren residiendo legal y manifiestamente en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción o que por sus conductas hayan demostrado el propósito de continuar vinculadas con dichas asociaciones. no se extiende la amnistía a subversivos que no se encuentren en el país.

ARTÍCULO 3° - Quedan también excluidas las condenas firmes dictadas por los delitos y hechos de naturaleza penal referidos en el art. 1 sin perjuicio de las facultades que, de conformidad con el inc. 6 del art. 86 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional pueda ejercer en materia de indulto o conmutación de las penas impuestas por dichas condenas, para complementar el propósito pacificador de esta ley.

ARTÍCULO 4° - Nadie podrá ser interrogado, investigado, citado a comparecer o requerido de manera alguna por imputaciones o sospechas de haber cometido delitos o participado en las acciones a los que se refiere el art. 1° de esta ley o por suponer de su parte un conocimiento de ellos, de sus circunstancias, de sus autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores.

ARTÍCULO 6° - Bajo el régimen de la presente ley quedan también extinguidas las acciones civiles emergentes de los delitos y acciones comprendidos en el art 1. Una ley especial determinará un régimen indemnizatorio por parte del Estado”¹¹³².

El 30 de octubre de 1983 se celebrarían las elecciones presidenciales, resultando vencedor con más del cincuenta y un por ciento de los votos un candidato que había advertido en su campaña que no respetaría esta ley de autoamnistía y que enjuiciaría a los responsables de los crímenes –los que dieron las órdenes, los que las cumplieron y los que se excedieron en su aplicación- cometidos durante el régimen militar, Raúl Alfonsín.

El nuevo Presidente debería enfrenar el legado de una dictadura que pareció cumplir las apocalípticas expectativas del General Menéndez: *“Tendremos que matar a cincuenta mil personas; veinticinco mil subversivos, veinte mil simpatizantes, y cinco mil que mataremos*

¹¹²⁹ Ley 22924 de 23 de marzo de 1983.

¹¹³⁰ Decreto Secreto N°. 2726/83 de 22 de octubre de 1983.

¹¹³¹ Véase apartado 2.b. 3) de este Capítulo.

¹¹³² *Id.*, artículos 1, 2, 3, 4-6 de la Ley 22924 de 23 de marzo de 1983.

por error”¹¹³³. Así, junto a las masivas limitaciones a la libertad personal (detenciones arbitrarias, prohibición de salida, v.g.), ataques contra la propiedad (sustracciones, robos, saqueos, confiscaciones, v.g.), y delitos de supresión del estado civil (sustracción de menores¹¹³⁴, v.g.), los casos de tortura se contaron por decenas de miles, y según el común de las estimaciones, alrededor de treinta mil personas fueron desaparecidas. En este sentido, conviene considerar que en Argentina, en comparación con su población, desaparecieron treinta y dos veces más personas que en Uruguay, y más trescientas que en Brasil.

Como ya se ha apuntado, todos estos crímenes se cometieron ante un sistema judicial que quedó perfectamente caracterizado, con algunas valiosas excepciones, en las demoledoras conclusiones del Informe de la CONADEP: *“El Poder Judicial (...) homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanaban del estado de sitio, admitiendo la validez de informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido (...) igualmente, le imprimió un trámite meramente formal al recurso de hábeas corpus, tomándolo totalmente ineficaz en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas. El Poder Judicial, que debía erigirse en freno del absolutismo imperante, devino en los hechos en un simulacro de la función jurisdiccional para cobertura de su imagen externa (...) Seriamente afectada la asistencia jurídica por la prisión, extrañamiento o muerte de los abogados defensores; la reticencia, y aun la misma complacencia de gran parte de la judicatura, completó el cuadro de desamparo de los derechos humanos”*¹¹³⁵.

El Presidente Alfonsín materializaría sus promesas a los pocos días de asumir su cargo. El 13 de diciembre emitió un decreto por el que ordenaba el enjuiciamiento de siete responsables de los grupos guerrilleros por los delitos de, entre otros, homicidio, asociación ilícita, instigación pública a cometer delitos, apología del crimen y otros atentados contra el orden público¹¹³⁶. Ese mismo día se decretó que el Consejo Supremo de Justicia Militar juzgase a los integrantes de todas las Juntas Militares por, entre otros, los crímenes de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a los detenidos¹¹³⁷. El 15 de diciembre se crearía la CONADEP¹¹³⁸ —que presentaría su informe prácticamente un año después¹¹³⁹—. El 22 de diciembre se

¹¹³³ Citado en LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, op. cit., pág. 190. La traducción es mía.

¹¹³⁴ Aunque este tipo de crímenes no son objeto de este trabajo, conviene advertir que la sustracción de menores adquirió en Argentina unos niveles especialmente alarmantes y característicos del tipo de represión que vivió el país: Alrededor de seiscientos hijos de desaparecidos, detenidos junto a sus padres o nacidos durante el cautiverio, fueron robados y entregados ilegalmente a familias de personas cercanas al régimen, que los inscribieron en los Registros al uso como propios. La repercusión pública de este tipo de actuaciones llevó a que en las distintas medidas de amnistía estos crímenes quedaran excluidos; respondiendo muchos de los procesos abiertos contra antiguos responsables de la dictadura a estos hechos.

¹¹³⁵ *Vid.* COMISIÓN NACIONAL SOBRE DESAPARICIÓN DE PERSONAS: *Nunca más...*, op. cit., pág. 392.

¹¹³⁶ Véase Decreto 157/83 de 13 de diciembre de 1983.

¹¹³⁷ Véase Decreto 158/83 de 13 de diciembre de 1983.

¹¹³⁸ Véase Decreto 187/87 de 15 de diciembre de 1983.

¹¹³⁹ El octubre de 1984 la Comisión publicó su informe con el título: “Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas”; en él se documentaron ocho mil novecientos sesenta casos de desaparición forzada de personas, advirtiendo que la cifra no era, en ningún caso, concluyente (como ya se mencionó, el común de las estimaciones cifran el número de desaparecidos en treinta mil). En el informe

sancionaría la Ley 23040¹¹⁴⁰, que declaró inconstitucional e insanablemente nula la Ley de amnistía 22924 –argumento ratificado posteriormente por Corte Suprema de Justicia¹¹⁴¹-. El 9 de febrero de 1984 se adoptaría la Ley 23049¹¹⁴², que dentro de los límites establecidos en la Constitución¹¹⁴³, autorizó a los tribunales nacionales de apelación a revisar las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar, y acabó con la eximente de la obediencia debida en “*la comisión de hechos atroces o aberrantes*”¹¹⁴⁴.

En un proceso histórico, y tras las actuaciones infructuosas del Consejo Supremo de Justicia Militar –que acabaron con la posibilidad de una “autodepuración de las Fuerzas Armadas”-, en virtud a lo dispuesto en la Ley 23049 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal asumió el juicio contra los miembros de las Juntas Militares. Los tribunales del país remitieron documentación sobre más de dos mil causas de privación ilegítima de libertad; la fiscalía presentó setecientos nueve casos para llevar al juicio oral, y se citaron inicialmente a mil novecientos ochenta y cuatro testigos. Durante el proceso, se destruyeron evidencias, se descubrió un plan para dar un nuevo golpe de Estado, muchos testigos fueron amenazados, y hasta se encontró una bomba en la casa del Presidente de la Cámara. Pese a todo ello, el 9 de diciembre de 1985 la Cámara emitiría su sentencia; concluyendo, en unos ya celebres párrafos, que:

“Según ha quedado acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

se incluyen, además, un análisis general de los patrones básicos del accionar de la dictadura argentina, un detallado estudio de los centros clandestinos de detención –el informe señala la existencia al menos de trescientos cuarenta-, así como del papel jugado por otros estamentos como el religioso o judicial. Con la finalidad de prevenir, reparar y finalmente evitar la repetición de conculcaciones de los derechos humanos, la Comisión incorporó una serie de recomendaciones finales en su informe. Cabe destacar que al tiempo que la Comisión terminaba su informe, salió a la luz pública una lista en la que se hacía referencia a más de mil trescientos responsables de la represión

¹¹⁴⁰ Véase Ley 23040 de 22 de diciembre de 1983.

¹¹⁴¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia de 30 de diciembre de 1986.

¹¹⁴² Véase Ley 23049 de 9 de febrero de 1984.

¹¹⁴³ A tenor de su artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”

¹¹⁴⁴ *Id.*, art. 10 de la Ley 23049 de 9 de febrero de 1984.

Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente.

Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno. También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado”¹¹⁴⁵.

De este modo, el General Videla y el Almirante Massera resultaron condenados a cadena perpetua; el General Viola a diecisiete años de prisión; el Almirante Lambruschini a ocho años; y el Brigadier Agosti a cuatro y medio¹¹⁴⁶. La sentencia, recurrida ante la Corte Suprema por la defensa alegando su inconstitucionalidad, fue ratificada el 30 de diciembre de 1986, tan sólo reduciendo las condenas de Agosti, en siete meses, y Viola, en seis, y modificando el grado de autoría de autor mediano a cooperador necesario¹¹⁴⁷.

En conexión con lo ya establecido por la legislación introducida por el gobierno de Alfonsín, estas sentencias reiteraron la necesidad de enjuiciar también a aquéllos que seguían las órdenes de los integrantes de las Juntas¹¹⁴⁸; hecho que estimuló aun más la presentación de denuncias ante los tribunales de justicia. Así, y aunque podría considerarse que al ser el detonante final del régimen militar una derrota militar, el papel de las Fuerzas Armadas en la transición pudiera haber sido, comparativamente, muy débil, la tensión entre el ejecutivo y determinados sectores de unas Fuerzas Armadas sobre las que no se ejerció ninguna medida efectiva de depuración fue en aumento. El “punto de no retorno” se alcanzó el 2 de diciembre de 1986, cuando la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal resolvió el que se convertiría en el segundo juicio por los crímenes cometidos en el pasado que culminaría en sentencia. Ese día, fueron condenados por cargos de tortura dos ex-jefes de la policía de la Provincia de Buenos Aires, los Generales Camps y Riccheri, el ex-Director General de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos, Miguel Osvaldo Etchecolatz, el oficial principal médico en la Dirección General de

¹¹⁴⁵ Vid. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, Sentencia de 9 de diciembre de 1985, 7.1. Los hechos probados, párrs. 1-4.

¹¹⁴⁶ Los otros cuatro acusados fueron absueltos, si bien, resultarían condenados posteriormente por su actuación en la guerra de las Malvinas.

¹¹⁴⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia de 30 de diciembre de 1986.

¹¹⁴⁸ Así, en el párrafo 30 de la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones se dispone que “se ponga en conocimiento del Consejo Supremo de las FFAA el contenido de esta sentencia, (...) a los efectos del enjuiciamiento de los oficiales superiores que ocuparon los comandos de zona y subzona de defensa, durante la lucha contra la subversión, y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones...”.

Investigaciones, Jorge Antonio Bergés, y un funcionario de la misma Dirección General, Norberto Cozzani¹¹⁴⁹.

A pesar de que en aquel momento tan sólo diez personas habían sido condenadas por todos los crímenes cometidos durante el régimen militar, las presiones y conatos de insurrección de las Fuerzas Armadas para acabar con los juicios se hicieron cada vez más fuertes. En este contexto, y tal y como reconocería un consejero de Alfonsín, el temor de un nuevo golpe de Estado llevaría al Presidente a enviar al Congreso la que se conocería como “Ley de Punto Final”¹¹⁵⁰; declarando al hacerlo: “yo no creo en los puntos finales establecidos por decreto (...) es la sociedad misma la que en un acto de severa contrición y reconocimiento de su identidad está recogiendo la experiencia del pasado (...). Es así que estemos enviando al Congreso de la Nación (...) un proyecto de ley que contempla un plazo de extinción de la acción penal”¹¹⁵¹.

Esta norma, sancionada el 23 de diciembre de 1986, estableció:

“Art. 1--Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.

Art. 2--Dentro del término establecido por el artículo precedente las Cámaras Federales competentes podrán examinar el estado de causas que tramitan ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los electos del art. 10, última parte de la ley 23.049. Las denuncias que se formulen en este término ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas deberán ser informadas dentro de las cuarenta y ocho (48) horas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a la Cámara Federal que corresponda, quienes deberán examinarlas y en su caso avocarse.

Art. 5--La presente ley no extingue la acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores”¹¹⁵².

Sin embargo, esta medida tuvo un resultado imprevisto para el ejecutivo argentino. Las Cámaras Federales de Apelación aprovecharon los dos meses del reducido plazo para convocar a prestar declaración indagatoria a varias centenas de responsables de los crímenes de la dictadura; impidiendo de este modo la drástica y total extinción de las acciones penales prevista y deseada. Las Fuerzas Armadas respondieron a esta realidad con un alzamiento militar en la Semana Santa de 1987: La huida y refugio del Mayor Barreiro, acusado en varios casos de torturas, en un acuartelamiento de la ciudad de Córdoba fue seguido de la sublevación, capitaneada por el Teniente Coronel Rico, de las tropas de la Escuela de Infantería “Campo de Mayo”, en Buenos Aires. El Jefe del Estado Mayor ordenó a los sublevados que pusieran fin a la rebelión, para después simplemente resignarse ante su negativa y la reiteración de sus exigencias: Una amnistía general y la destitución de los Comandantes Generales de las

¹¹⁴⁹ Cfr. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de Argentina, Sentencia de 2 de diciembre de 1986.

¹¹⁵⁰ Ley 23492 de 23 de diciembre de 1986.

¹¹⁵¹ Citado en SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., pág. XXX.

¹¹⁵² *Id.*, artículo 1, 2 y 5 de la Ley 23492 de 23 de diciembre de 1986.

Fuerzas Armadas. Ante estos hechos, miles de personas salieron a las calles para manifestar su apoyo a la democracia y su disposición a enfrentar la amenaza militar. Tras un par de días, las negociaciones con el ejecutivo argentino lograron poner fin a la sublevación; y aunque el Presidente Alfonsín declaró que no había cedido a las exigencias de los militares, en mayo de ese año remitió al Congreso una nueva ley reconociendo: “*Sé perfectamente que a través de esta ley quienes pueden haber sido autores materiales de hechos gravísimos, pueden quedar en libertad. Y esto no me gusta*”¹¹⁵³.

Esta norma, comúnmente conocida como “Ley de Obediencia Debida”¹¹⁵⁴, fue aprobada el 5 de junio de aquel año, disponiendo:

“Artículo 1.--Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley número 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente antes de los 30 días de la promulgación de esta ley que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Artículo 2.--La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Artículo 3.--La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco (5) días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará respecto del personal comprendido en el art. 1, párrafo primero, la providencia a que se refiere el artículo 252 bis del Código de Justicia Militar, o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere. El silencio del tribunal durante el plazo indicado por el previsto en el segundo párrafo del artículo 1 producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente con el alcance de cosa juzgada. Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que poseía a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación de certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

*Artículo 4.--Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley número 23.492 en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el artículo 1 del primer párrafo de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1 de la presente ley”*¹¹⁵⁵.

A pesar de la severidad de esta ley, y tras decisiones dispares de algunos Tribunales Federales, la misma fue considerada plenamente constitucional por la Corte Suprema de Justicia el 22 de junio de 1987; interpretando además de forma amplísima la

¹¹⁵³ Citado en SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., pág. XXXVI.

¹¹⁵⁴ Ley 23521 de 5 de junio de 1987.

¹¹⁵⁵ *Vid.*, artículos 14 de la Ley 23521 de 5 de junio de 1987.

inclusión del beneficio para las figuras cupulares de “subzonas” y otras categorías con facultades decisorias¹¹⁵⁶.

Pese a la clara tendencia que marcaba todas estas medidas, el ex-General Suárez Masón, fugado a los Estados Unidos de América tras ser citado en una causa por la desaparición de Alfredo Giorgi en 1984, sería extraditado en 1988; mientras, las Fuerzas Armadas continuaron ejerciendo fuertes presiones, que llegaron a su máximo exponente en los alzamiento de Monte Caseros, dirigido de nuevo por Teniente Coronel Rico, y de Villa Martelli, orquestado por el Coronel Seineldín.

Tras un enfrentamiento armado, estas rebeliones fueron sofocadas y sus responsables arrestados, si bien, tanto el estado de cosas imperante como el marcado deseo de evitar, a toda costa, “*irritar a los militares*”¹¹⁵⁷, llevarían al ya Presidente Menem a promulgar los Decretos de indulto 1002, 1003, 1004 y 1005, de 7 de octubre de 1989, haciéndose realidad el funesto anuncio deslizado por el artículo 3 de la Ley 22924 de 1983.

En realidad, ante la falta del consenso preciso en el Congreso que, necesariamente, conllevaría un largo y duro debate que desgastaría al nuevo ejecutivo, y pese a que la Constitución del país contemplada sólo la facultad presidencial de indultar a ciudadanos que habían sido individualizados como autores de delitos en sentencia firme, Menem optó por utilizar estos instrumentos legales para, invocando la necesidad de lograr la reconciliación nacional, “indultar”¹¹⁵⁸ a doscientas sesenta y siete personas que se encontraban en cuatro situaciones procesales diferentes. A saber: 1) A la totalidad de los Altos Jefes Militares procesados no beneficiados por las “leyes de Punto Final” y “Obediencia Debida”, con excepción del extraditado ex-General Suárez Masón -que fue incluido en una norma posterior¹¹⁵⁹-. 2) A acusados de subversión, que se encontraban prófugos, detenidos, excarcelados o condenados -entre ellos a varios sobreesidos, muertos y desaparecidos-, además de algunos militares uruguayos¹¹⁶⁰. 3) A todo el personal militar, de la prefectura naval y de inteligencia, que intervino en las rebeliones de Semana Santa de 1987, Monte Caseros y Villa Martelli¹¹⁶¹. 4) A los ex-miembros de la Junta Militar, Teniente General Galtieri, Almirante Anaya y Brigadier General Lami Dozo, condenados por sus responsabilidades en la guerra de las Malvinas¹¹⁶².

Pese a que ante las reiteradas exigencias de las máximas autoridades de las Fuerzas Armadas fueron anunciados nuevos indultos para finales del mes de diciembre de 1990, el día 3 de ese mes la sociedad argentina se vería sacudida por otro

¹¹⁵⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia de 22 de junio de 1987. Para una posición distinta, véanse los votos disidentes a la sentencia, en especial el del Magistrado Bacqué.

¹¹⁵⁷ Así calificó un experto como García toda la política desplegada durante el mandato del Presidente Menem. Cfr. GARCÍA P.: *El drama de...*, op. cit., págs. 269-271, en especial pág. 269.

¹¹⁵⁸ Sobre la verdadera naturaleza de gran parte de estos indultos, véase el capítulo siguiente.

¹¹⁵⁹ Cfr. Decreto 1002/89 de 7 de octubre de 1990.

¹¹⁶⁰ Cfr. Decreto 1003/89 de 7 de octubre de 1990

¹¹⁶¹ Cfr. Decreto 1004/89 de 7 de octubre de 1990

¹¹⁶² Cfr. Decreto 1005/89 de 7 de octubre de 1990.

levantamiento armado, la “Operación Virgen de Luján”, que fue respondida por el Presidente Menem ordenando no negociar con los rebeldes y acabar con el alzamiento. Sofocado éste, la serie de Decretos de indultos continuó el 30 de diciembre, alcanzando de igual modo tanto a condenados como a acusados pendientes de juicio¹¹⁶³. Así, por citar los ejemplos más ilustrativos, en virtud el Decreto 2741/90 se materializó la continuada aspiración del estamento militar, siendo indultados Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps y Riccheri, y por el 2746/90, a Suárez Masón. Conviene destacar, de otro lado, que en un intento de hacer realmente creíble el carácter reconciliatorio aducido, por el Decreto 2742/90 se indultaría al líder montonero Firmenich, previamente extraditado de Brasil.

En este momento se llegó a un punto muerto en la sanción interna de los crímenes cometidos durante la dictadura; siendo igualmente utilizadas todas las disposiciones reseñadas para justificar la imposibilidad de adoptar medidas administrativas para depurar a las Fuerzas Armadas¹¹⁶⁴. De este modo, serían las iniciativas en el ámbito de la reparación de las víctimas las que adquirirían un mayor protagonismo a partir de entonces.

En realidad, algunas de ellas ya se habían implementado sobre la base de las recomendaciones del informe de la CONADEP –como, en 1986, la previsión de una reparación material (pensión no retributiva) para los hijos de desaparecidos¹¹⁶⁵, o aun parcialmente, la creación de la Subsecretaría (luego Secretaría) de Derechos Humanos del Ministerio del Interior¹¹⁶⁶-, pero es a partir de esta fecha cuando se detectan las mayoría de medidas relevantes a los efectos de este trabajo. Así, gracias a la ley 23852 de 1990¹¹⁶⁷ se eximió de la prestación del servicio militar a los familiares de desaparecidos forzosos; mediante el Decreto 70/91¹¹⁶⁸ y la posterior Ley 24043 de

¹¹⁶³ Véanse, Decretos 2741, 2742, 2743, 2744, 2745 y 2746 de 30 de diciembre de 1990.

¹¹⁶⁴ Aunque ya se ha advertido que, en concreto, esta cuestión no es objeto del presente trabajo, resulta relevante consultar sobre este particular, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995; así como “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr. 9.

¹¹⁶⁵ Véase Ley No. 23466 de 30 de octubre de 1986.

¹¹⁶⁶ Las funciones de la misma fueron custodiar y sistematizar el archivo de la CONADEP así como toda la información que se derivó de sus actuaciones; la actualización a partir de nuevas informaciones sobre los hechos investigados y la recepción de nuevas denuncias; y el seguimiento del cumplimiento de normas internacionales en materia de derechos humanos.

¹¹⁶⁷ Ley No. 23852 de 27 de septiembre de 1990.

¹¹⁶⁸ Decreto 70/91 de 10 de enero de 1991. Este decreto autorizaba al Ministerio del Interior a pagar una indemnización a las personas que hubieran demostrado haber sido detenidas durante el Gobierno militar y hubieran iniciado una acción judicial antes del 10 de diciembre de 1985. El monto previsto para las indemnizaciones fue la treintava parte de la remuneración mensual asignada a la más alta categoría del escalafón para el personal civil de la administración pública por cada mes de detención. En el caso de personas que hubieran fallecido durante su detención, fue establecido el equivalente de cinco años de detención como indemnización adicional. En casos de personas que hubieran sufrido lesiones muy graves fue establecida la compensación por detención, más el setenta por ciento de la compensación que recibieran los familiares de un fallecido. Este decreto fue ampliado por decretos posteriores, para asegurar que también gozaría de sus beneficios las personas que hubiera sido detenido sin orden del Poder

1991¹¹⁶⁹ se estableció un programa de reparaciones económicas para, en inicio, los prisioneros políticos y los obligados a exiliarse, que alcanzó a unas once mil personas¹¹⁷⁰; a través de la Ley 24411 de 1994¹¹⁷¹ se instauró un sistema de reparaciones para las familias de los desaparecidos y asesinados durante el régimen militar, que benefició a unos quince mil ciudadanos¹¹⁷²; en virtud de la Ley 24321 de 1994¹¹⁷³ se creó una nueva categoría legal de “desaparecidos forzosos” que equivalía a la muerte a efectos legales, mientras que se conservaba la posibilidad de reaparición de la persona; en 1998 se crearía la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, encargada de identificar a los más de seiscientos menores de edad secuestrados o nacidos en cautiverio¹¹⁷⁴; finalmente, en 2003 se establecería el Archivo Nacional de la Memoria, centrando en la lucha contra la impunidad¹¹⁷⁵.

A todas estas iniciativas cabría agregar una serie de medidas en el campo de la reparación moral de las víctimas, como ya desde 1983 la nominación de calles y plazas, la plantación de árboles, los murales en edificios significativos, la construcción de monumentos y memoriales, la colocación de placas para señalar lugares donde ocurrieron hechos especialmente destacados o en las viviendas de ciudadanos desaparecidos; la disculpa y reconocimiento de responsabilidad por los crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas realizada por el Teniente General Balza, el 25 de abril de 1995, en la televisión argentina; la aprobación del diseño, en 1996, de un monumento en memoria de los desaparecidos en el “Parque de la Memoria” de Buenos Aires¹¹⁷⁶; o la retirada de los retratos de Videla y Bignone del Colegio Militar, así como

Ejecutivo, o aquellas en las que un tribunal argentino declarase la validez de la orden de detención del Poder Ejecutivo.

¹¹⁶⁹ Ley No. 24043 de 27 de noviembre de 1991. En razón de una interpretación extensiva propiciada por la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, se amplió lo previsto a: 1) personas puestas a disposición de autoridades militares, policiales, etc.; 2) soldados conscriptos puestos a disposición de consejos de guerra; 3) personas detenidas en centros clandestinos de detención; y 4) hijos nacidos en cautiverio de sus padres. Véase también Ley No. 24436 de 11 de enero de 1995.

¹¹⁷⁰ En concreto, lo previsto fue que por cada día en prisión o exilio forzado se reparó con el sueldo diario del empleado público mejor pagado, hasta por un total de doscientos veinte mil dólares, en bonos del Estado. Si murió en prisión, la misma tarifa diaria a sus familiares hasta el día de su muerte, más el equivalente de cinco años con la misma tarifa, hasta un total de doscientos veinte mil dólares; y si resultó gravemente herido, la misma tarifa diaria más el equivalente de tres a cinco años con la misma tarifa, hasta un total de doscientos veinte mil dólares.

¹¹⁷¹ Ley No. 24411 de diciembre de 1994. Véase también, Ley No. 24499, así como el decreto N° 403/95 de 29 de agosto de 1995, que reglamentó lo establecido por la ley.

¹¹⁷² La reparación consistió en un único pago, en bonos del Estado, de doscientos veinte mil dólares a los familiares.

¹¹⁷³ Ley No. 24321 de 14 de Mayo de 1994.

¹¹⁷⁴ Véase Resolución 1392/98 del Ministerio del Interior, así como Ley No. 25457 de 8 de agosto de 2001. Puede consultarse información actualizada sobre la actuación de este órgano en http://www.conadi.jus.gov.ar/home_fl.html.

¹¹⁷⁵ Las actividades principales de este Archivo son la obtención, análisis, clasificación, duplicación, digitalización y archivo de informaciones, testimonios y documentos sobre las violaciones a los derechos humanos y la respuesta social e institucional ante las mismas. Véase, Decreto No. 1259 de 16 diciembre de 2003.

¹¹⁷⁶ Sobre esta iniciativa, aún no concluida, puede consultarse <http://www.parquedelamemoria.org.ar>.

la creación del “Espacio para la Memoria y la promoción de los Derechos Humanos” en el terreno donde funcionó la fatídica Escuela de Mecánica de la Armada, en 2004.

Ahora bien, el súbito frenazo a la posibilidad de sanción interna de los crímenes cometidos intensificó el recurso a otras instancias judiciales o quasijudiciales. La Com.IDH recibió y resolvió una serie de importantes casos a partir, esencialmente, de 1992¹¹⁷⁷; y en los tribunales de terceros Estados comenzaron a presentarse y a ventilarse un número cada vez mayor de procesos ante la airada incomodidad, protesta y falta de cooperación de las autoridades argentinas, ejemplificadas en el Menemista Decreto No. 111 de 26 de enero de 1998, por el que se obligaba a denegar cualquier solicitud de cooperación judicial cursada, y el Decreto No. 1581/01 de 5 de diciembre de 2001, emitido por el Presidente De la Rúa, por el que se debían rechazar *in limine* los pedidos de extradición para los militares y civiles argentinos acusados de los crímenes cometidos durante la dictadura. Este último decreto sería derogado por el Presidente Kirchner por el Decreto N°. 420/03, de Cooperación Internacional en Materia Penal, coincidente con la petición de extradición de cuarenta y seis argentinos por el Juez español Garzón.

No obstante esta actitud de la administración de Menem, desde que en 1990 la *Court D'Assises de París* condenara a cadena perpetua, en ausencia, al Teniente de Corbeta Astiz por el secuestro, tortura, violación y asesinato de las monjas francesas Alice Domon y Léonie Duquet¹¹⁷⁸, se sucedieron una serie de procesamientos en Italia, Suiza, Suecia, Alemania, y entre otros, España que retroalimentaron un proceso continuado en pro de la activación de causas en la misma Argentina.

Todo este conjunto de acciones desembocarían, en primer lugar, en la proposición de los diputados Cafiero y Bravo, en 1998, de declarar la nulidad de las “leyes de punto final” y “de obediencia debida”, lográndose solamente la aprobación de la Ley No. 24942¹¹⁷⁹ por la quedaron derogadas. Tres años después, el juez federal Cavallo, en el caso *Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, se apoyaría en las mencionadas actuaciones y en el mismo derecho internacional para concluir que ambas normas eran inconstitucionales¹¹⁸⁰; calificación que sería reiterada por el juez federal Bonadío en octubre de 2001¹¹⁸¹. Ambas decisiones serían ratificadas por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional un mes después¹¹⁸².

¹¹⁷⁷ Para más datos, véase Capítulo siguiente.ad

¹¹⁷⁸ Cfr. Sentencia de la *Court D'Assises de París - 2eme Section*, causa 1893/89, de 16 de marzo de 1990.

¹¹⁷⁹ Ley No. 24942 de 25 de marzo de 1998.

¹¹⁸⁰ Cfr. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4, Causa No. 8686/2000, sentencia de 6 de marzo de 2001. Sobre esta decisión, es interesante consultar SCHWARTZ W., D.: “Rectifying Twenty-five Years of Material Breach: Argentina...”, *op. cit.*, apartado I.G.

¹¹⁸¹ Cfr. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11, Causa No. 7694/99, sentencia de 1 de octubre de 2001.

¹¹⁸² Cfr. Fallos de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires en las Causas No. 17.844 y No. 17.889, de 9 de noviembre de 2001.

Los pronunciamientos en este sentido se repitieron en 2002 y 2003¹¹⁸³, dando paso a la aprobación de la Ley No. 25779¹¹⁸⁴ que declaró insanablemente nulas las Leyes 23492 y 23521; norma que fue confirmada y declarada plenamente constitucional, pese a alguna decisión jurisdiccional previa¹¹⁸⁵, por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires el 16 de diciembre de 2004¹¹⁸⁶. Nueve meses antes, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 6 había declarado la inconstitucionalidad de los indultos 1002/89 y 2746/90¹¹⁸⁷, decisión a la que seguirían otras en sentido similar.

El esperado punto de llegada en todo este proceso se haría realidad el 14 de junio de 2005, día en que la Corte Suprema de Justicia sentenciaría:

“2. Declarar la validez de la ley 25.779.

3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina”¹¹⁸⁸.

De este modo, el modelo jurídico diseñado en los primeros años de la transición argentina para la confrontación penal de los crímenes cometidos durante la dictadura quedaría prácticamente desmontado veintidós años después; quedando pendiente, en el momento de redacción de este trabajo, la posible declaración de inconstitucionalidad de los indultos del Presidente Menem por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

2.b. 2) Uruguay.

Uruguay¹¹⁸⁹, tradicionalmente conocida como la “Suiza de América”, constituye un caso bastante excepcional dentro del contexto iberoamericano. En la actualidad

¹¹⁸³ Véanse, por ejemplo, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11, Causa No. 6.859/98, sentencia de 12 de septiembre de 2002; Juzgado Federal de la Ciudad de Resistencia, *caso Verbitsky, Horacio- C.E.L.S. S/ Inconstitucionalidad de las leyes N 23521 y 23492, en relación: Desaparición forzada de personas- torturas y homicidios agravados en hechos ocurridos en la localidad de Margarita Belen*, sentencia de 6 de marzo de 2003.

¹¹⁸⁴ Ley No. 25779 de 21 de agosto de 2003.

¹¹⁸⁵ Cfr. Cámara Federal de San Martín, sentencia de 22 de noviembre de 2004.

¹¹⁸⁶ Cfr. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa 8686/00, sentencia de 16 de diciembre de 2004.

¹¹⁸⁷ Cfr. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 6, Causa N°. 14.216/2003, sentencia de 19 de marzo de 2004.

¹¹⁸⁸ *Vid.* Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005, Párrafos Decisorios 2-3.

¹¹⁸⁹ Para la redacción del presente examen se han utilizado los siguientes trabajos: BARAHONA DE BRITO, A.: *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile*, Oxford University Press, Nueva York, 1997, así como BARAHONA DE BRITO, A.: “Verdad..”, *op. cit.*; BROWN, C. y GOLDMAN, R. K.: *Challenging Impunity: The “Ley de Caducidad” y Referendum Campaign in Uruguay*, Americas

diversos estudios lo sitúan como uno de los países con democracias materiales más desarrolladas del subcontinente, e históricamente ha competido por este título con Costa Rica y el Chile pre-septiembre de 1973. De hecho, pese a que durante el largo control de la vida política del país por parte del Partido Colorado (1865-1958) se sucedieron algunos gobiernos militares, y a pesar del golpe de Estado y régimen autoritario del “Terrismo” (1933-1942) – cuyo nombre proviene del Presidente golpista, Gabriel Terra-, no fue hasta 1973 cuando las Fuerzas Armadas, como institución, asumieron el poder del país mediante el golpe de Estado de 27 de junio. De este modo, el largo y profundo arraigo de las ideas y prácticas democráticas/constitucionales quedarían en suspenso durante un período de casi doce años.

Los antecedentes del golpe hay que buscarlos en el profundo colapso económico de mediados de la década de 1950, la caída de los salarios, la crisis estructural y el estancamiento general de la economía. Durante esos años la inflación alcanzó un promedio del cincuenta por ciento anual, cifra que llegó en 1967 al ciento treinta y seis por ciento. En el ámbito social se sucedieron las huelgas y movilizaciones sindicales y estudiantiles, creció la dolarización, y unos años después surgiría ya la guerrilla urbana Movimiento Liberación Nacional – Tupamaros (MLN-T)¹¹⁹⁰.

Aunque en 1958 se había producido la primera alternancia en el gobierno con el triunfo del Partido Nacional, la polarización, violencia, paros y protestas sociales continuaron en ascenso hasta 1967, año en el que el gobierno de Pacheco Areco dejaría

Watch, Nueva York, 1989; CHASQUETTI, D. Y BUQUET, D.: “La Democracia en Uruguay: Una partidocracia de consenso”, en *Revista Política*, núm. 42, 2004; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 corr. 1, 31 de enero de 1978; COMISIÓN INVESTIGADORA SOBRE LA SITUACIÓN DE PERSONAS DESAPARECIDAS Y HECHOS QUE LA MOTIVARON DURANTE 1973 Y 1982: “Informe Final”, 1985; COMISIÓN PARA LA PAZ: “Informe Final”, 10 de abril de 2003; DE SIERRA, G.: “Dictadura y restauración democrática en el Uruguay contemporáneo”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina...*, *op. cit.*; GILLESPIE, C. G.: “La transición uruguaya desde el gobierno tecnocrático-militar colegiado”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, *op. cit.*; NAGY, M.: “La caída de la dictadura y el nuevo sistema político en Uruguay”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas...*, *op. cit.*; LINZ, J. J. y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, en especial su capítulo 10: “A Risk-Prone Consolidation Democracy: Uruguay”; NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad...”, *op. cit.*, en especial págs. 84-92; RIAL, J.: “Uruguay: El reencuentro en la democracia”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y VARGAS QUIROZ, C. (compiladores): *Transición...*, *op. cit.*; RONIGER, L. y SZNAJDER, M.: “The legacy of Human Rights Violations and the Collective Identity of Redemocratized Uruguay” en *HRQ*, vol. 19, núm. 1, 1997; SERVICIO DE PAZ Y JUSTICIA URUGUAY: *Uruguay Nunca Más. Informe Sobre las Violaciones a los Derechos Humanos (1972-1985)*, SERPAJ-URUGUAY, Montevideo, 1989; VV.AA.: “Uruguay”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. II; WEINSTEIN, M.: *Uruguay. Democracy at the Crossroads*, Westview Press, Boulder, 1998; WESCHLER, L.: *A Miracle...*, *op. cit.*, en especial págs. 173-236. En el desarrollo posterior de este repaso a la transición uruguaya no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

¹¹⁹⁰ A pesar de que no sería hasta 1966 cuando aparecería oficialmente el nombre del MLN-T, en 1963 se había realizado el primer ataque de este grupo. Se trató del robo de treinta armas y aproximadamente cuatro mil balas del Club de Tiro Suizo de Nueva Helvecia, en Colonia; ataque diseñado para apoyar posteriormente la ocupación de tierras que la Unión de Trabajadores Azucareros de Artigas pensaba llevar a cabo.

atrás la pasada estructura colegial del ejecutivo para establecer un nuevo sistema marcadamente presidencialista que empezó a funcionar dentro de esquemas prácticamente autoritarios; como muestra, la suspensión de las garantías individuales durante casi todo su mandato. Por su parte, la izquierda política, siguiendo el modelo de la Convención Nacional de Trabajadores, se agrupó a partir de 1971 en el Frente Amplio; coalición que, ha de destacarse, presentó un perfil mucho más moderado que otras similares, como la Unidad Popular chilena. Aunque en las elecciones de 1971 obtuvo más del dieciocho por ciento de sufragios, elevándose a tercera fuerza política del país, las irregularidades detectadas así como las propias perversiones del sistema electoral uruguayo llevaron a algunos de sus miembros a abandonar la confrontación electoral como medio para alcanzar el poder.

El paulatino abandono de la adhesión al sistema democrática también alcanzó a los integrantes del MLN-T, viéndose cada vez más impulsada una lucha armada que aumentaba en progresión casi geométrica. Debe apuntarse, no obstante, que no todas las acciones del MLN-T en estos años tuvieron como resultado el derramamiento de sangre. En una de las actuaciones más celebrada, el asalto a la Financiera Monty, los Tupamaros obtuvieron una serie de documentos que pusieron en disposición de la justicia. En ellos se plasmaba el nivel de corrupción política imperante.

La asunción de Bordaberry como Presidente de la República marcó el inicio de un período en el que el poder público se colocaría progresivamente al servicio de la escalada de la represión política. Los senadores y diputados se vieron sometidos a virulentos ataques de los militares, que les imputaban tanto corrupción como vínculos con los Tupamaros; al tiempo, las Fuerzas Armadas se fueron convenciendo de que podían estimular el desarrollo económico y acabar con los “subversivos” mejor que el Presidente. Todo ello, en un escenario en el que los enfrentamientos entre Tupamaros y militares empezaron a alcanzar cierta entidad.

En este contexto, el 14 de abril de 1972 el MLN-T asesinaría al subcomisario Delega, al policía Leites, al capitán de corbeta Ernesto Motto y al ex subsecretario del Ministro del Interior Acosta y Lara; como respuesta, una rápida contraofensiva militar dejaría un saldo de ocho Tupamaros muertos y varios heridos y prisioneros, y una gran pérdida de infraestructura del MLN-T. El 15 de abril el Parlamento aprobaría la Ley de Estado de Guerra¹¹⁹¹, que durante treinta días suspendería ciertas garantías constitucionales, otorgando a las Fuerzas Armadas un importante grado de autonomía respecto al poder civil. Su objetivo declarado fue autorizar, y facilitar, las medidas necesarias para reprimir la acción de individuos o grupos que por cualquier medio “conspiran contra la patria”.

Esta medida, prorrogada el 30 de junio de ese año¹¹⁹², no logró hacer descender sustancialmente el nivel de violencia existente. Como muestra valga señalar que el 16 de abril se produjo un ataque contra locales del Frente Amplio, imprentas, y las casas de los abogados Gonzalo Navarrete, Alejandro Artucio, Carlos Martínez Moreno y la casa

¹¹⁹¹ Decreto del Poder Ejecutivo N°. 277/972.

¹¹⁹² Véase Decreto del Poder Ejecutivo N°. 463/972.

del director del semanario *Marcha*, Carlos Quijano. El 17 de abril serían fusilados ocho comunistas en la Seccional 20 del Partido Comunista; como consecuencia, la Convención Nacional de Trabajadores convocó a un paro general. El día siguiente, un comando Tupamaro mató a cuatro soldados que custodiaban la casa del General Gravina.

Esta situación llevó a sustituir la Ley de Estado de Guerra por la Ley de Seguridad del Estado y el Orden Público¹¹⁹³; norma que suspendió el ejercicio de ciertos derechos de los sujetos acusados de actividades subversivas, incorporó nuevos delitos “de lesa nación”, y transfirió de los tribunales civiles a los militares la competencia para el enjuiciamiento de los civiles acusados de delitos contra la seguridad del Estado. Varios abogados cuestionaron la constitucionalidad de esta ley, pero la Suprema Corte de Justicia, el 5 de abril de 1974, declaró que era totalmente válida y constitucional.

Ya con el MLN-T casi completamente derrotado, como reconoció el mismo estamento militar para noviembre de 1972, las Fuerzas Armadas rechazaron en febrero de 1973 al candidato a Ministro de Defensa propuesto por el Presidente de la República. Ningún partido político acudió en apoyo del Presidente; aislamiento que convenció a Bordaberry de que no tenía más camino que unirse al estamento militar. Este convencimiento se plasmó en el Pacto de Boiso Lanza, por el que se encomendó a las Fuerzas Armadas la misión última de dar seguridad al desarrollo nacional. Así se iniciaría lo que se ha denominado como “el golpe de Estado en cámara lenta”.

Poco después, mediante Decreto No. 163/973 de 23 de febrero de 1973, se crearía el Consejo de Seguridad Nacional, que junto con el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas pasó a controlar todas las cuestiones relacionadas con la seguridad del Estado. El 1 de junio de ese año se decretaría la suspensión indefinida de varias garantías constitucionales¹¹⁹⁴.

El 27 de junio de 1973, finalmente las Fuerzas Armadas concretarían el golpe de Estado que disolvería las cámaras legislativas nacionales y locales, instauraría la censura de prensa y la limitación del derecho de reunión, concentrando todo el poder del Estado, aun bajo la cobertura de la presidencia civil de Bordaberry, en las manos de los militares uruguayos. Poco después se prohibirían ciertos partidos políticos, grupos y organizaciones estudiantiles, y se disolvería la militante Convención Nacional de Trabajadores; medidas que a finales de 1973 alcanzaron a toda actividad política o sindical. Los movimientos sociales, por su parte, respondieron al golpe con una serie de movilizaciones y protestas que culminarían el 9 de julio con una enorme manifestación y huelga general, violentamente reprimidas.

Aunque ya en febrero de 1974 se aprobaría la Ley Orgánica Militar¹¹⁹⁵, en la que se contenían los presupuestos típicos de la Doctrina de Seguridad Nacional -si bien más “suavizados” que en el resto de casos aquí examinados-, y a pesar de que las

¹¹⁹³ Ley No. 14068.

¹¹⁹⁴ Véase Decreto No. 393/973.

¹¹⁹⁵ Ley No. 10050.

detenciones de supuestos subversivos se generalizaron desde el comienzo del nuevo régimen, los primeros años del mismo se caracterizaron por la sucesión de crisis internas y una incertidumbre política que alcanzó su cenit en 1976. Ese año, ante las reticencias del Presidente Bordaberry para abandonar su puesto –que llegaron a transformarse en auténticos ataques a las Fuerzas Armadas bajo la acusación de “totalitarios”, el estamento militar decidió deponerle y sustituirle por un Presidente provisional, Demicheli. El mismo día de su elección, el Presidente Demicheli decretaría el Acto Institucional No. 1, el cual, pese a la convocatoria de elecciones dispuesta en la Constitución, establecería *“la suspensión de los actos electorales previstos constitucionalmente para una situación de normalidad distinta a la que vivimos, en los hechos y el Derecho”*¹¹⁹⁶.

El recién creado Consejo de la Nación¹¹⁹⁷ elegiría el 1 de septiembre de 1976 a Méndez como nuevo Presidente de la República. Las primeras decisiones gubernamentales se orientaron hacia un reforzamiento del poder, y una privación de derechos políticos. A partir de entonces, fueron moneda común los encarcelamientos arbitrarios, las torturas, y en general, la represión a todos los niveles.

Precisamente la represión en Uruguay se caracterizó por desplegar un control masivo sobre la población civil. A tal efecto, se clasificaron a más de tres millones de habitantes en tres categorías: A, B y C, según el grado de “peligrosidad” que les asignaban las Fuerzas Armadas. En conexión con estas categorías, se estableció, por ejemplo, un “certificado de fe democrática”, que determinaba qué personas podían conseguir empleo o quienes debían perderlo, o qué sujetos podían salir o entrar en el país.

Para 1978, tal y como declaraba la Com.IDH:

*“Las numerosas denuncias recibidas desde el Uruguay, así como de muchas otras fuentes de crédito para la Comisión, y las mismas respuestas del Gobierno del Uruguay a las solicitudes de información y recomendaciones de la Comisión, permiten a ésta afirmar que en el Uruguay se han cometido graves violaciones contra los siguientes derechos humanos: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; el derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento; el derecho de justicia; el derecho a proceso regular; el derecho de reunión y asociación; y el derecho de sufragio y de participación en el gobierno”*¹¹⁹⁸.

No obstante, frente a los apenas veinticinco casos con resultado de muerte documentados por la Comisión, se detectaban ya entre tres mil y ocho mil detenciones ilegítimas o arbitrarias, la mayoría de ellas acompañadas de torturas. Pauta que se mantendrá a partir de entonces y durante todo el régimen militar. Como en casos

¹¹⁹⁶ Véase apartado 2 de la Parte Expositiva del Acto Institucional No. 1, de 12 de junio de 1976.

¹¹⁹⁷ Véase Acto Institucional No. 2, de 12 de junio de 1976. El mismo Consejo, compuesto por veinticinco civiles y veintiún militares, tenía atribución para designar también al Presidente y Miembros del Consejo de Estado, Miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de la Corte Electoral.

¹¹⁹⁸ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 corr. 1, 31 de enero de 1978, Conclusiones, párr. 2.

anteriores, todos estos crímenes se perpetraron con total impunidad; realidad a la que los distintos tribunales y procedimientos militares contribuyeron sustancialmente.

A lo expuesto cabe agregar que los mecanismos de cooperación y coordinación entre las dictaduras del Cono Sur desarrollaron un accionar especialmente intenso en estos años¹¹⁹⁹. Así, aunque la desaparición forzosa no estaba tan extendida en Uruguay como algunos de sus países vecinos, la mayoría de estos crímenes se cometieron en esta primera época, especialmente, como ya se mencionó, en el territorio de Argentina a partir de 1976.

Ahora bien, la falta de apoyo por parte de los integrantes de los dos partidos clásicos del Uruguay¹²⁰⁰ y de los sectores económicos del país al nuevo régimen, la ausencia de un líder claro en las Fuerzas Armadas¹²⁰¹, las discordancias internas entre el modelo económico a seguir, las crisis externas¹²⁰², así como la presión de la Administración Carter, llevaron a determinados sectores de las Fuerzas Armadas a terminar por imponer lo que se conoció como el “Cronograma”: Se celebrarían nuevas elecciones en 1981, aunque antes, entre 1979 y 1980, se redactaría una nueva Constitución que se sometería a referendo. Este hecho, que podría invitar a una valoración precipitada sobre sus bondades, respondía, a la postre, a un intento tanto de legitimar al propio régimen como de cimentar un modelo de “dictablanda” pro futuro.

En los últimos instantes previos a la consulta constitucional, los militares uruguayos, tan confiados como sus pares chilenos, permitieron una limitada actuación a los partidos políticos que contrastó con una abrumadora campaña oficial a favor del “sí” para la nueva Constitución. Sin embargo, el 30 de noviembre de 1980, con un ochenta y siete por ciento de participación, el “no” venció por un cincuenta y siete por ciento frente al cuarenta y dos de votos afirmativos. La imprevista derrota sufrida en las urnas abrió un intenso proceso de debate interno en las Fuerzas Armadas, del que finalmente surgiría la idea inicial de instaurar una “democradura” para el futuro uruguayo. Esta tendencia, que marcó los años 1981-1982, fracasó en noviembre de 1982, ya con el Teniente General Álvarez como Presidente, momento en el que se estableció un sistema notablemente limitado para realizar unas elecciones primarias para los partidos políticos. En esta cita electoral, con una participación de más del sesenta por ciento de los electores, se impusieron los candidatos más fuertemente opuestos al régimen militar.

¹¹⁹⁹ Sobre este particular, véase apartado siguiente.

¹²⁰⁰ Tan sólo hubo cierto apoyo de sectores del Partido Colorado (básicamente los “pachequistas”), que aceptaron actuar dentro del marco de las nuevas instituciones; en el Partido Nacional solamente unos pocos ultraconservadores optaron por igual vía.

¹²⁰¹ La preocupación por la “politización” de las Fuerzas Armadas llevó a realizar algunas purgas en su seno. Así, los militares que acumularon demasiado poder fueron removidos paulatinamente.

¹²⁰² Esencialmente, las dos crisis del petróleo afectaron muy severamente al país. Junto a ello, el alza de las barreras aduaneras a las exportaciones no tradicionales, y el colapso del peso argentino, terminaron por arruinar al país. De este modo, entre 1972 y 1983 la deuda externa del Estado se había cuadruplicado.

Con este nuevo golpe para las aspiraciones militares, 1983 abrió un período en el que bajo una creciente movilización social¹²⁰³ se articularon una serie de complejas y confusas negociaciones, así como un conjunto de medidas legislativas¹²⁰⁴, que concluirían el 3 de agosto de 1984 con el conocido como “Pacto del Club Naval”. Este acuerdo, suscrito entre los líderes de los partidos políticos –con exclusión del “Partido Blanco”– y los representantes del gobierno¹²⁰⁵, permitió finalmente la realización de elecciones democráticas libres en noviembre de 1984.

En lo que aquí interesa, ha de destacarse que en este Pacto no escrito se acordó no perseguir a los responsables de los crímenes cometidos en el pasado¹²⁰⁶; hecho que puede explicar la ausencia de una medida de auto-amnistía previa a la entrega formal del poder por parte de las autoridades militares.

Los doce años del régimen autoritario dejaron un saldo de alrededor de doscientos desaparecidos forzosos, de aproximadamente cien muertos, y unos setenta mil detenidos arbitrariamente, y muy probablemente, sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuando no a tortura. Aunque pudiera alegarse que comparativamente estas cifras quedan lejos de la mayoría de los casos que aquí ocupan –con la excepción hondureña–, ha de tenerse en cuenta que si se atiende a la población del país, alrededor de un veinte por ciento de los uruguayos fue detenido, y un alto porcentaje de ellos, posiblemente torturado.

Tras la victoria del Presidente Sanguinetti (1985-1990) se aprobaría la Ley de Amnistía de delitos políticos y conexos¹²⁰⁷, que permitió la excarcelación de todos los presos políticos uruguayos –quedando excluidos los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares que entrañaran tratamientos inhumanos o degradantes, o detención de personas desaparecidas–, se compensaría y reincorporaría a aquéllos que habían perdido sus empleos por motivos políticos¹²⁰⁸, y se establecería la Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron durante 1973 y 1982, de carácter parlamentario. Sin embargo, tanto el mandato de la Comisión como la difusión de su Informe fueron muy limitados, ya que no abordó ni los casos de tortura ni los de detención arbitraria, su contenido tuvo que ser sustancialmente modificado bajo fuertes presiones, y ni siquiera se presentó oficialmente. En este contexto, la Comisión, tras siete meses de trabajo, concluyó que ciento sesenta

¹²⁰³ Por citar dos ejemplos, el 1 de mayo de 1983 alrededor de cien mil personas acudieron a la primera celebración del Día de los Trabajadores desde el golpe de Estado. La proclamación de 27 de noviembre de 1983 fue acompañada por unas cuatrocientas mil personas aproximadamente.

¹²⁰⁴ Véanse, en este sentido, las Actas Institucionales No. 16, No. 17, No. 18 y No. 19, entre otras medidas.

¹²⁰⁵ En las largas negociaciones participaron los Comandantes del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, Hugo Medina, Manuel Buadas y Rodolfo Invidio (respectivamente); los miembros del Frente Amplio, José Pedro Cardoso y Juan Young; los representantes del Partido Colorado, Julio María Sanguinetti, Enrique Tarigo y José Luis Batlle; y los enviados por el Partido Cívico, Vicente Chiarino y Humberto Ciganda.

¹²⁰⁶ Aunque en este punto algunos de los negociadores niegan que tal cuestión se abordase, parece ampliamente probado que así fue. Véase, en este sentido, el contenido del artículo 1 de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, reproducido en las páginas siguientes.

¹²⁰⁷ Ley 15737 de 8 de mayo de 1985.

¹²⁰⁸ Véase Ley 15783 de 28 de noviembre de 1985.

y cuatro uruguayos desaparecieron durante el régimen militar (de este total, treinta y dos ocurrieron en Uruguay, ciento veintisiete en Argentina, tres en Chile y dos en Paraguay), que en todos los casos la responsabilidad del Estado de Uruguay quedaba demostrada (aunque sin ahondar en la existencia de una auténtica política estatal a tal fin), y que sin mayor explicación o indagación, todos los desaparecidos estaban muertos. De este modo, tal y como denunció Barahona de Brito, la Comisión “*failed to produce a national truth (...) their limited coverage elicited no official explanation or response from the previous government and military authorities*”¹²⁰⁹.

Frente a esta iniciativa, el Servicio Paz y Justicia de Uruguay redactaría el Informe “Uruguay Nunca Más”, en el que se recogería de forma mucha más completa un relato y análisis de las violaciones a todos los derechos humanos cometidas durante el gobierno no democrático.

Ahora bien, en lo relativo a la sanción penal de los responsables de los crímenes pasados, en estos primeros meses se detectaron distintas acciones de víctimas uruguayas ante los tribunales del país. La inicial incomodidad, recelo y falta de cooperación de las Fuerzas Armadas ante estas iniciativas se tornarían, a finales de 1986, en total enfrentamiento con las autoridades civiles. Antes de esa fecha, al menos dos medidas legislativas para amnistiar a los miembros de las Fuerzas Armadas habían sido derrotadas por la oposición en el Congreso uruguayo; situación que varió totalmente cuando las presiones militares aumentaron en noviembre de 1986 –momento en que la Corte Suprema denegó transferir a los tribunales militares algunas causas abiertas en cortes civiles-, y especialmente en diciembre de ese año, cuando en el caso de la desaparición de Rodríguez Larreta un tribunal llamó a declarar al Coronel Gavazzo. El Ministro de Defensa ordenó a los oficiales no presentarse ante ningún tribunal, alcanzándose en este punto el cenit de lo que puede considerarse como el “dilema uruguayo”: Las autoridades civiles debían elegir entre enfrentarse directamente a las Fuerzas Armadas y obligar a sus integrantes a hacer frente a los procesos abiertos, o emitir una amnistía que permitiese evitar que la potencial crisis naciente estallase. En una serie de reuniones contrarreloj, se decidió optar por la segunda vía. El poder legislativo aprobó la “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado”¹²¹⁰, que entró en vigor solamente una hora antes de que el Coronel tuviera que presentarse ante el tribunal.

Esta norma, promulgada dos días de la “Ley de Punto Final” argentina, disponía en su artículo primero:

“Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre Partidos Políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.”

¹²⁰⁹ Vid. BARAHONA DE BRITO, A.: *Human Rights...*, *op. cit.*, pág. 146.

¹²¹⁰ Ley No. 15848, aprobada el 22 de diciembre de 1986.

Como complemento a esta previsión general, en sus artículos 3 y 4 se establecía:

“3. A los efectos previstos en los artículos anteriores, el juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo primero de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido, dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley, hasta que el juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo, quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas, así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones. El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos. El Poder Ejecutivo, dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia, dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.”

Apenas veinte días después de la aprobación de esta ley, se presentó ante el Tribunal Electoral de Uruguay una petición para celebrar un referendo sobre su contenido. Pese a la oposición oficial, y las presiones y amenazas de las Fuerzas Armadas, se logró reunir el número de firmas requeridas por la Constitución, y se fijó la celebración del referendo para el 16 de abril de 1989. En el intervalo de tiempo hasta esa fecha, el Presidente Sanguinetti apoyó abiertamente la vigencia y pertinencia de la ley, argumentando que de no aprobarse, un golpe de Estado era inevitable; y sobre esta base, convocando a los uruguayos a que eligieran entre justicia y democracia.

En aquellos mismos días, seis casos de desaparición forzosa estaban aún siendo investigados por los tribunales uruguayos, situación que parcialmente estimuló la activación de algunas medidas de investigación por parte del ejecutivo tendentes a averiguar su paradero. Sin embargo, las mismas acabaron cediéndose al Ministro de Defensa en mayo de 1987, quien delegó la investigación en otro miembro de las Fuerzas Armadas. Su conclusión fue que en ninguno de los casos examinados había evidencia de responsabilidad de ningún miembro de las Fuerzas Armadas o de Seguridad.

También en estas fechas la constitucionalidad de la Ley de Caducidad fue recurrida ante la Corte Suprema del Uruguay, que el 2 de mayo de 1988, advirtiendo que se trataba de una auténtica ley de amnistía¹²¹¹, declaró que la misma era acorde a la Carta Magna por tres votos contra dos¹²¹².

¹²¹¹ En este orden de ideas, el Presidente Sanguinetti recordaba: “El Poder Ejecutivo ha sostenido claramente su criterio de interpretación de esa ley y ha sostenido siempre que, en sustancia era una ley de amnistía. Lo hemos dicho en todo momento porque así lo entendimos siempre: establecer que ha caducado la pretensión punitiva del Estado es, en definitiva, decir que se ha dictado una amnistía, porque en términos sustantivos eso es lo que representa. Así la hemos interpretado. La ley, además, refiere fundamentalmente a aquellos hechos que han estado inscriptos en la gran confrontación de violencia política que tuvo el país. De modo que nuestra interpretación está orientada precisamente a esa calificación, es decir, incluir en ese concepto de amnistía política a todos aquellos episodios que aparecían teñidos por las características del delito de intencionalidad o naturaleza política.” *Vid.* Conferencia de Prensa del Presidente Sanguinetti, *Diario La República*, 18 de abril de 1989.

¹²¹² Cfr. Corte Suprema de Uruguay, Sentencia N°. 148, 12 de mayo de 1988.

El referendo se celebró finalmente en la fecha prevista, participando más de dos millones doscientos mil uruguayos. La opción a favor de la ley triunfó con casi un cincuenta y seis por ciento de los votos emitidos; del otro lado, poco más del cuarenta y uno por ciento optó por votar en contra. De este modo, una ley de amnistía aprobada por el Congreso democrático del país sería, tres años después, reafirmada directamente por la mayoría de los uruguayos. El Centro Uruguay Independiente concluyó de la siguiente forma su análisis sobre esta jornada histórica: *“En síntesis, la sociedad uruguaya dirimió un conflicto de manera democrática y pacífica, confirmando la ley 18.548 de la Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado que consagra la impunidad a la violación de los derechos humanos en el pasado. Queda así cerrada una etapa, vinculada a la salida institucional de la dictadura. El resultado favoreció al voto amarillo¹²¹³ en lo nacional y en el interior del país en mayor medida, mientras que en Montevideo, se dio prácticamente el mismo porcentaje que para todo el país, pero a favor del voto verde¹²¹⁴. El triunfo del voto amarillo fue en primer lugar el de los militares y policías, quienes lograron que la ciudadanía ratificara la anhelada amnistía votada por el Parlamento; y en segundo término el del Partido Colorado, que apoyó la confirmación de la ley casi en su totalidad. Se abre a partir del 16 de abril una nueva etapa en la lucha por los Derechos Humanos que tendrá como eje la información y localización de los desaparecidos, en particular los niños, algunos de los cuales se sabe con certeza están con vida en manos de padres impuestos. Los resultados de la votación indican claras correlaciones entre edad, niveles educativo e informativo, represión vivida, grado de sindicalización y urbanización, y voto, lo que no puede de ninguna manera soslayarse al analizar los resultados...”¹²¹⁵.*

Ahora bien, conviene subrayar que según las encuestas realizadas en aquellos días, una parte muy significativa de los uruguayos que votaron por el “sí” no era totalmente consciente del peligro de un pronunciamiento militar, sino que lo hicieron porque consideraban que la Ley de Caducidad era la medida “más justa”. Frente a ello, el General Medina declararía en 1991 que si los ciudadanos hubieran optado por el “no”, si él no hubiese asumido la responsabilidad de pronunciarse a través de un golpe de Estado lo habría hecho el siguiente oficial en jerarquía, y si no él, el siguiente. Esto hubiera sido, concluía, así porque ese era el sentimiento común de las Fuerzas Armadas¹²¹⁶.

Cerrada de este modo la sanción interna de la inmensa mayoría de los crímenes pasados, la acción de las víctimas se centró en la esfera internacional -especialmente en el ámbito de la OEA-, algunas de cuyas decisiones tuvieron un impacto social muy importante¹²¹⁷. Paralelamente, los cambios producidos en Argentina y Chile hicieron posible la activación de procesos por las desapariciones forzadas acaecidas en sus

¹²¹³ El “voto amarillo”, así denominado por el color de la papeleta, correspondía al voto a favor de la ley.

¹²¹⁴ El “voto verde”, suponía votar en contra de la norma.

¹²¹⁵ *Vid.* CENTRO URUGUAY INDEPENDIENTE: “Referéndum '89. Resultados, opiniones y análisis”, en *Serie Documentos C.U.I.*, mayo de 1989, La síntesis. Para otra serie de interpretaciones posibles sobre este resultado, véase RONIGER, L. y SZNAJDER, M.: “The legacy of Human...”, *op. cit.*, en especial págs. 71-77.

¹²¹⁶ Citado en LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, pág. 155.

¹²¹⁷ Así, por ejemplo, las decisiones de la Com.IDH en 1992, unidas a la inactividad de las autoridades uruguayas, supusieron la convocatoria de una manifestación de protesta y apoyo a los desaparecidos que reunió a más de ochenta mil montevideanos. Para más datos sobre estas decisiones, consúltese el capítulo siguiente.

respectivos territorios –recientemente incluso contra el ex-Presidente Bordaberry–; actuaciones que sin embargo no alteraron sustancialmente el *status quo* uruguayo.

En realidad, las particularidades de la solución uruguaya, al tiempo de “facilitar” el proceso de transición, dirigieron la actuación gubernamental de los Presidentes Lacalle (1990-1995) y Sanguinetti (1995-2000), de un lado, a ir avanzado en la reducción del papel de las Fuerzas Armadas a través, esencialmente, de una reducción en sus recursos –el presupuesto de Defensa se redujo aproximadamente un cincuenta por ciento en quince años–, y del otro, a intentar determinar la situación de los desaparecidos forzosos durante el régimen militar, poniendo especial hincapié en los casos de menores de edad. A este respecto, ha de advertirse que pese a lo nominalmente dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Caducidad, su contenido no se había puesto nunca en práctica.

Con todo, al margen de algunas acciones específicas, la cita obligada en este último empeño fue la creación de la Comisión para la Paz¹²¹⁸ ya bajo Presidencia de Battle (2000-2005), cuyo cometido era “*recibir, analizar, clasificar y recopilar información sobre las desapariciones forzadas ocurridas durante el régimen de facto*”¹²¹⁹. En su Informe Final de 10 de abril de 2003 la Comisión concluyó: 1) Que veintiséis de los uruguayos desaparecidos habían muerto a causa de las torturas que sufrieron, y sus restos habían sido incinerados en 1984; 2) que cinco argentinos fueron detenidos en Uruguay y trasladados a centros de detención en Argentina; 3) que ocho uruguayos desaparecieron en Chile y dos en Paraguay; 4) que ciento ochenta y dos uruguayos habían sido detenidos en Argentina, siendo muy complejo determinar la suerte que corrieron todos ellos.

Finalmente, la Comisión elevó una serie de recomendaciones al Presidente para hacer posible que el trabajo en trámite se pudiera culminar; para promover normas legales que permitieran reconocer la situación jurídica especial en que se encuentran los ciudadanos desaparecidos; y para establecer criterios que asegurasen la reparación íntegra y efectiva que merecen los familiares de quienes fueron víctimas.

Un significativo número de militares retirados, integrantes en su mayoría del Círculo Militar, consideraron el Informe como inadmisibile, aunque el mismo fue aceptado y acogido por el Presidente de la República; sin embargo, aún en la fecha de redacción de este apartado las medidas de reparación recomendadas sólo han sido parcialmente materializadas.

En el ámbito de la responsabilidad penal, no fue hasta 2001 cuando se detuvo al primer sujeto acusado de los crímenes cometidos en el pasado. El ex-Ministro de

¹²¹⁸ Véase Resolución de la Presidencia de la República No. 858/2000, 9 de agosto de 2000.

¹²¹⁹ *Vid.*, art. 1 de la Resolución de la Presidencia de la República No. 858/2000, 9 de agosto de 2000. Resulta interesante apuntar que en sus indagaciones, como menciona el mismo Informe Final de la Comisión, “*por expresas instrucciones del Señor Presidente de la República, quien entendió que ello era de su privativa competencia, la COMISIÓN no entabló nunca contactos de nivel institucional con las Fuerzas Armadas, ni se reunió con los mandos y jerarquías respectivas.*” *Vid.* COMISIÓN PARA LA PAZ: “Informe Final”, 10 de abril de 2003, párr. 27.

Relaciones Exteriores, Juan Carlos Blanco, excluido del ámbito de la Ley de Caducidad por no ser ni funcionario militar ni policial, fue procesado por el juez Cavalli en octubre de ese año por el delito en coautoría de privación de libertad de la maestra Elena Quinteros, quien había desaparecido en 1976 en los jardines de la Embajada de Venezuela. En el momento de redacción de este trabajo las actuaciones judiciales aún continuaban abiertas.

Para terminar este breve repaso, cabe mencionar que el 1 de marzo de 2005 venció en las elecciones presidenciales Tabaré Vázquez; convirtiéndose en el primer Presidente de la historia de país proveniente de una fuerza política de izquierdas, el Frente Amplio. Su actitud respecto a los crímenes del pasado dictatorial era sensiblemente diferente a la de sus antecesores. Con total respeto a la Ley de Caducidad, el Presidente declaró abiertamente su deseo de completar la investigación sobre desaparecidos y abrir la puerta a casos que, a su juicio, no estaban comprendidos en aquella ley, y muy sensiblemente a los casos del asesinato de los legisladores Michellini y Gutiérrez, y la desaparición de María Claudia García de Gelman.

Durante los primeros meses de su gobierno se implementaron una serie de medidas y se realizaron diversas excavaciones para esclarecer el paradero de algunos desaparecidos forzosos; iniciativas que pese a lograr cierto éxito, no encontraron la colaboración esperable por parte de las Fuerzas Armadas. En este mismo período, el Tribunal de Apelaciones Penal de Segundo Turno decidió archivar definitivamente la causa abierta por la desaparición, en 1976, de María Claudia García de Gelman, nuera del poeta y escritor argentino Juan Gelman¹²²⁰, al considerar que el caso quedaba bajo el amparo de la Ley de Caducidad. Esta decisión se adoptó a pesar de que varios meses antes el Presidente Tabaré Vázquez había comunicado a la Corte Suprema, en respuesta a una consulta proveniente del juzgado donde Juan Gelman había presentado la denuncia, que ese crimen no quedaba cubierto por la mencionada ley al no haberse cometido por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de funciones oficiales.

Respecto al caso del asesinato de Michellini y Gutiérrez, que el 1 de marzo de 2005 había sido también valorado por el Presidente Tabaré Vázquez como no comprendido entre los beneficios de la Ley de Caducidad al haberse perpetrado en Buenos Aires, el 11 Juzgado Penal de Montevideo resolvió, el 17 de septiembre de 2005, archivar la causa abierta al considerar prescrito el crimen del que eran acusados el ex-Presidente Bordaberry y el ex-Ministro de Relaciones Exteriores Juan Carlos Blanco.

Esta serie de hechos han supuesto que en la actualidad el ejecutivo uruguayo esté explotando nuevas alternativas para hacer posible el castigo de los responsables de los crímenes cometidos en el pasado.

¹²²⁰ Según diversas informaciones, María Claudia García, embarazada de ocho meses, fue secuestrada en 1976 junto a su marido, Marcelo Gelman, en Buenos Aires. Después de ser torturada en el centro clandestino Automotores Orletti, fue trasladada a Montevideo, donde quedó recluida en la Sede del Servicio de Información y Defensa del Ejército. En el momento del parto fue llevada al Hospital Militar de las Fuerzas Armadas, donde dio a luz una niña que fue entregada a la familia de un policía. Tras ello, fue asesinada y enterrada en el Batallón N° 13 de Infantería.

2.b. 3) Chile.

En un clima de creciente polarización, enfrentamientos, y huelgas desde la práctica desintegración de la Democracia Cristiana a finales de 1967-1968, acompañado de algunos conatos de golpe de Estado –como el del General Viaux en octubre de 1969–, se celebrarían en septiembre de 1970 las elecciones presidenciales que auparían al candidato de la Unidad Popular a las puertas de la Presidencia de la República. El fugaz intento de golpe de Estado de octubre de 1970 –que costaría la vida al Comandante en Jefe del Ejército, René Schneider– no lograría evitar la inminente ascensión de Salvador Allende, pero suponía sin duda un anuncio de lo que estaba por venir.

Fracasados los conocidos como *Track one* y *Track two* de la Administración de Nixon¹²²¹, la funesta sentencia del premio Nobel de la Paz, Henry Kissinger, tomaría cuerpo pocos años después, el 11 de septiembre de 1973, cuando una Junta Militar –apoyada por los Estados Unidos de América y los sectores económicos dominantes del país– derrocó mediante un golpe de Estado al presidente Allende, clausuró el Congreso de los Diputados, prohibió toda actividad política, e inició un gobierno militar que se extendería, formalmente, hasta finales de la década de 1980-inicios de la de 1990¹²²². De

¹²²¹ Tras las elecciones de 4 de septiembre de 1970, la Administración Nixon ideó dos planes para evitar que Allende alcanzase la Presidencia de Chile. El primero se dirigió a lograr que Allende, vencedor de las elecciones con más de un treinta y seis por ciento de los votos, no fuera escogido por el Congreso como vencedor –el sistema chileno preveía que si ningún candidato había obtenido la mayoría absoluta de los votos debía ser el Congreso el que designase al vencedor–. El segundo se concretó en el intento de secuestro del Comandante en Jefe del Ejército René Schneider, tratando con ello de levantar a las Fuerzas Armadas para evitar el nombramiento de Allende.

¹²²² Las transiciones de Chile y Argentina han protagonizado la inmensa mayoría de los estudios sobre los procesos de transición en Iberoamérica; por ello, no sorprenderá encontrar una muy abundante bibliografía también sobre el caso chileno. De entre todos los trabajos disponibles, para elaborar el presente apartado se han utilizado: AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Chile: la transición en la encrucijada. Las violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema esencial”, índice AI: AMR 22/01/96/s, 6 de marzo de 1996; AYLWIN, P.: “La Comisión chilena sobre la verdad y la reconciliación”, en CANÇADO TRINDADE, A. A., ELIZONDO BREEDY, G., GONZÁLEZ VOLIO, L., y ORDÓÑEZ, J. (compiladores): *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. VIII, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996; BARAHONA DE BRITO, A.: *Human Rights...*, *op. cit.*, así como BARAHONA DE BRITO, A.: “Verdad...”, *op. cit.*; CAVALLO, A., SALAZAR, M. y SEPÚLVEDA, O.: *La Historia Oculta del Régimen Militar. Chile 1973-1988*, Antártica, Santiago de Chile, 1990; COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS: *Las deudas de la transición*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1994; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 de octubre de 1974, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 corr. 1, 28 de junio de 1976, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, 11 de febrero de 1977, así como “Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, doc. 18, 8 de mayo de 1985; COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y...*, *op. cit.*; COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA: “Informe de 10 de noviembre de 2004” e “Informe Complementario de 1 de junio de 2005”, en <http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php>; CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN: *Informe sobre Calificación de Víctimas de...*, *op. cit.*; CORREA SUTIL, J. y JIMÉNEZ, F.: “‘No Victorious Army Has Ever Been Prosecuted...’: The Unsettled Story of Transitional Justice in Chile”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional*

este modo, en aquella jornada, adquirirían todo su sentido cada una de las palabras de Kissinger, “no sé por qué tenemos que quedarnos con los brazos cruzados mientras un país se vuelve comunista debido a la irresponsabilidad de su propio pueblo.”

Ese mismo 11 de septiembre la Junta Militar –constituida por el Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte, el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Gustavo Leigh Guzmán, el Comandante en Jefe de la Armada, José Toribio Merino, y por el General Director de Carabineros, César Mendoza Durán– justificaría su intervención denunciando que el gobierno de Allende había incurrido en grave ilegitimidad demostrada al quebrantar los derechos fundamentales, el derecho a una digna y segura subsistencia, la unidad nacional y la Constitución, y que en consecuencia, “*las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al gobierno que, aunque inicialmente legítimo, ha caído en la ilegitimidad flagrante, asumiendo el Poder por el solo lapso en que las circunstancias lo exijan, apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional, lo cual de por sí, ante Dios y ante la Historia, hace justo su actuar y, por ende, las resoluciones, normas e instrucciones que se dicten para la consecución de la tarea de bien común y de alto interés patriótico que se dispone cumplir...*”¹²²³. Por su parte, el acorralado Presidente Allende lograría explicar, en su último mensaje radiado de aquel día, lo que podría considerarse como la otra radiografía del país, su otro rostro: “*Seguramente, ésta será la última oportunidad en que pueda dirigirme a ustedes. La Fuerza Aérea ha bombardeado las antenas de radio Magallanes. Mis palabras no tienen amargura sino decepción. Que sean ellas un castigo moral para quienes han traicionado su juramento: soldados de Chile, comandantes en jefe titulares, el almirante Merino, que se ha autodesignado comandante de la Armada, más el señor Mendoza, general rastrero que sólo ayer manifestara su fidelidad y lealtad al*

Justice..., *op. cit.*; DOMÍNGUEZ VIAL, A.: “La verdad es la fuerza de la dignidad de los oprimidos”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y...*, *op. cit.*; FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: “Misión internacional de investigación: Chile, El eventual regreso de Pinochet a Chile: ¿en total impunidad”, julio de 1999; GARCÉS, J. E.: “La dictadura en Chile (1973-1990): responsabilidades políticas y penales”, Conferencia presentada dentro del Seminario Pensar en Español VI: Comisiones de la verdad y reconciliación, Casa de América, Madrid, 1 de diciembre de 2005; GARRETÓN, M. A.: “De la transición a la calidad en la democracia de Chile”, en *Revista Política*, núm. 42, 2004, y “La evolución...”, *op. cit.*; LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, en especial su capítulo 13: “Incomplete Transition/Near Consolidation? Chile”; MÁRKÓ, Z.: “La agenda política de la transición chilena”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas...*, *op. cit.*; MERA, J.: “Chile: Truth and Justice under the Democratic Government”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity...*, *op. cit.*; NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad...”, *op. cit.*, en especial págs. 48-56; ORREGO VICUÑA, F.: “Consenso y disenso en la transición a la democracia: el caso de Chile”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transición a la democracia en...*, *op. cit.*; RIGBY, A.: *Justice and Reconciliation After...*, *op. cit.*, en especial págs. 76-89; RUIZ CONTARDO, E.: “Chile: ¿Un camino “democrático” antipopular?”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina...*, *op. cit.*; VV.AA.: “Chile”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. II.; VV.AA.: “Continuismo y ruptura: El caso de Chile”, así como ALLAMAND, A.: “Chile 1990: La democracia que emerge”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y VARGAS QUIROZ, C. (compiladores): *Transición Política y Consolidación Democrática en el Cono Sur Latinoamericano*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1991. En el desarrollo posterior de este repaso a la transición chilena no se incluirán referencias concretas a las fuentes salvo en aquellos puntos en que las mismas sean fundamentales o no exista unanimidad en el aspecto mencionado.

¹²²³ *Id.* Bando N°. 5 de 11 de septiembre de 1973, apdo. 13.

Gobierno, y que también se ha autodenominado Director general de carabineros. Ante estos hechos sólo me cabe decir a los trabajadores: ¡No voy a renunciar! Colocado en un tránsito histórico, pagaré con mi vida la lealtad al pueblo. Y les digo que tengo la certeza de que la semilla que hemos entregado a la conciencia digna de miles y miles de chilenos, no podrá ser segada definitivamente. Tienen la fuerza, podrán avasallarnos, pero no se detienen los procesos sociales ni con el crimen ni con la fuerza. La historia es nuestra y la hacen los pueblos. Trabajadores de mi patria: quiero agradecerles la lealtad que siempre tuvieron, la confianza que depositaron en un hombre que sólo fue intérprete de grandes anhelos de justicia, que empuñó su palabra en que respetaría la Constitución y la ley, y así lo hizo. En este momento definitivo, el último en que yo pueda dirigirme a ustedes, quiero que aprovechen la lección: el capital foráneo, el imperialismo, unidos a la reacción crearon el clima para que las Fuerzas Armadas rompieran su tradición, la que les enseñara el general Schneider y reafirmara el comandante Araya, víctimas del mismo sector social que hoy estará esperando con mano ajena, reconquistar el poder para seguir defendiendo sus granjerías y sus privilegios. (...). Me dirijo al hombre de Chile, al obrero, al campesino, al intelectual, a aquellos que serán perseguidos, porque en nuestro país el fascismo ya estuvo hace muchas horas presente; en los atentados terroristas, volando los puentes, cortando las vías férreas, destruyendo los oleoductos y los gaseoductos, frente al silencio de quienes tenían la obligación de proceder. Estaban comprometidos. La historia los juzgará. (...). Estas son mis últimas palabras y tengo la certeza de que mi sacrificio no será en vano, tengo la certeza de que, por lo menos, será una lección moral que castigará la felonía, la cobardía y la traición”¹²²⁴.

Las Fuerzas Armadas y de Seguridad, a través de la Junta de Gobierno, asumieron a partir de entonces, primero el poder ejecutivo (Decreto Ley N°. 1), y luego el constituyente y el legislativo (Decreto Ley N°. 128). Así se daría un nuevo carpetazo a un gobierno democrático en Iberoamérica, constituyéndose un régimen militar desconocido en Chile desde principios del decenio de 1930.

La notable extensión temporal del régimen militar, junto a las evidentes diferencias y variaciones en su accionar, han supuesto que resulte común clasificar su desarrollo en tres etapas distintas:

1) Septiembre de 1973-diciembre de 1973: Los primeros, y breves, enfrentamientos armados entre los golpistas y las fuerzas leales al gobierno democrático –básicamente acaecidos en la ciudad de Santiago- darían paso al período de más intensa comisión de crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos. Como paso previo a muchas de ellas, al poco de concretarse el golpe de Estado ya eran más de cuarenta mil los detenidos en Chile para ser interrogados por sus “actividades subversivas”; identificándose durante estos meses detenciones ilegales, tratos crueles, inhumanos y degradantes, torturas, ejecuciones extrajudiciales, y desapariciones de personas. Las víctimas principales fueron funcionarios destacados del régimen depuesto, regidores, alcaldes, periodistas, profesores, dirigentes políticos, sindicales, de la Reforma Agraria, vecinales, indigenistas, y estudiantiles. En definitiva, todos aquéllos que eran considerados como una “amenaza” para unas nuevas autoridades militares,

¹²²⁴ La colección de mensajes del Presidente Allende de aquel día puede encontrarse en <http://www.abacq.net/imaginaria/mensaje.htm>.

que con ello pretendían “limpiar” la sociedad chilena de todos los elementos perniciosos para sus doctrinas y actuaciones¹²²⁵.

Estas acciones se sostuvieron en los presupuestos de la Doctrina de la Seguridad Nacional y la lucha contra el comunismo, aludiendo a los ya recurrentes conceptos de la guerra interna de contrainsurgencia y de enemigo interno para justificar sus medidas. No obstante, esta primera ola de represión masiva también se caracterizó por su descoordinación, falta de planificación, y en cierto sentido, ausencia de coherencia general. Por ello, estos primeros meses pueden ser definidos como un período en el que predominó la venganza, más que la implementación de una serie de medidas sistemáticas que apuntaran al castigo de acciones, pasadas o presentes, específicas.

Con todo, de esta etapa inicial datan algunas iniciativas y/o políticas minuciosamente detalladas en el ámbito represivo. A modo de ejemplo, cabe mencionar el ampliamente difundido “Plan Z”, que se caracterizó y presentó intencionadamente como una lista de personas opuestas al gobierno de la Unidad Popular, cuya eliminación estaba prevista por el anterior régimen. De este modo, se alimentó la idea de un régimen sanguinario que debía ser derrocado, al tiempo que se trató de presentar una justificación interna para eliminar a los “adversarios políticos”, mediante la atribución de iguales intenciones a ellos.

De igual modo, de este período data también la articulación (o anuncio público) de la mayoría de Consejos de Guerra; debiendo aclararse que tras el examen de las ejecuciones supuestamente decididas por Consejos de Guerra se ha concluido que muchas de ellas fueron simplemente ejecuciones extrajudiciales previas que trataron de justificarse posteriormente con la invocación. Al margen de ello, se calcula que más de seis mil chilenos fueron juzgados por estos tribunales en procedimientos que incumplieron sistemáticamente el debido proceso.

De otro lado, ya en estos meses se detecta el establecimiento del embrión de lo que después sería conocido como la DINA. A tal efecto, aunque la Dirección Nacional de Inteligencia fue creada el 14 de junio de 1974 a través del Decreto Ley N°. 521, que la consagró como entidad autónoma dependiente directamente de la Junta Militar, en noviembre de 1973 aparecía el antecedente de la misma: La “Comisión DINA”, de la que formaban parte muchos de los integrantes del anterior “Comité de Coroneles”, y del previo Regimiento de Ingenieros Militares de Tejas Verdes. La DINA, bajo la dirección del General Manuel Contreras, llegó a ser el servicio de represión más importante hasta que fue disuelta en 1977 y reemplazada por la Central Nacional de Informaciones (CNI).

Finalmente, no podría obviarse de este sombrero repaso la posteriormente denominada “Caravana de la Muerte”, excelente ejemplo del intento de responder a las deficiencias de esta ola de represión inicial: Como parte de la estrategia de

¹²²⁵ Junto a las personas “sospechosas” por motivos políticos, en estos meses se ejecutó y/o desapareció a sujetos supuestamente implicados en tráfico de drogas, delincuentes habituales, drogadictos y/o alcohólicos.

endurecimiento de la política represiva en octubre de 1973, se dispuso que un alto oficial del ejército se desplazase desde Santiago a las provincias en las que no había existido una fuerte oposición al golpe de Estado para uniformar y hacer más rápido y severo el castigo de los delitos de carácter político que no habían sido sancionados por las autoridades locales. Como resultado de esta medida se han documentado setenta y dos muertes que se desglosan en cuatro ejecuciones en Cauquenes (4 de octubre), quince en La Serena (16 de octubre), trece en Copiapó (17 de octubre), catorce en Antofagasta (19 de octubre) y veintiséis en Calama (19 de octubre). Trece de los cuerpos de los ejecutados aún permanecen desaparecidos.

Todas estas actuaciones se llevaron a cabo sin ninguna respuesta o denuncia por parte de las autoridades civiles¹²²⁶ y judiciales del país, debiéndose destacar sobre estas últimas que el Poder Judicial fue el único que continuó funcionando sin que fuera directamente intervenido ni disuelto por las autoridades que asumieron el poder el 11 de septiembre de 1973. Pese a ello, al Presidente de la Corte Suprema no le dolieron prendas al declarar, en su discurso de apertura del año judicial el día primero de marzo de 1975, que: “*Chile, que no es una tierra de bárbaros como se ha dado a entender en el exterior, ya por malos chilenos o por individuos extranjeros que obedecen a una política interesada, se ha esmerado en dar estricto cumplimiento a estos derechos. En cuanto a torturas y otras atrocidades, puedo afirmar, que aquí no existen paredones y cortinas de hierro y, cualquier afirmación en contrario se debe a una prensa proselitista de ideas que no pudieren ni podrán prosperar en nuestra patria*”¹²²⁷.

De este modo, fue en estos primeros meses la Iglesia Católica (a través del Comité Permanente del Episcopado, el Comité de Cooperación para la Paz en Chile, y el Comité Pro Paz –a partir de enero de 1976- de la Vicaría Episcopal de la Solidaridad) la que asumió un destacado papel en la denuncia y defensa de los derechos humanos.

2) Enero de 1974–agosto de 1977: En esta segunda etapa la represión se hizo más selectiva y “quirúrgica”, respondiendo a un patrón de planificación previo, labor de inteligencia, y coordinación central de la que se extrae la voluntad explícita de detener, torturar, hacer desaparecer y/o eliminar a los sujetos que se consideraban especialmente peligrosos para el nuevo régimen. Junto a ello, se desarrollaron medidas para forzar el exilio, privar a ciudadanos de su nacionalidad chilena, expulsar del territorio nacional o prohibir el ingreso al mismo de personas que fueron incluidas en listas oficiales, y mantener y prolongar el estado de sitio.

En conexión con las nuevas técnicas desplegadas por los miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad para evitar dejar testigos de sus detenciones, en esta etapa se desplegaron otro tipo de medidas de mayor calado, como la conocida como “Operación Colombo”. Entre junio y julio de 1975 se publicarían en diversos medios de comunicación argentinos, brasileños y chilenos listas con un total de ciento diecinueve personas asegurando que todas ellas no habían sido desaparecidas en Chile,

¹²²⁶ Debe mencionarse que como característica diferenciada de las experiencias centroamericanas ya expuestas, el régimen chileno no implicó masivamente a civiles en su accionar represivo.

¹²²⁷ Citado en COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y...*, op. cit., Segunda Parte, Capítulo IV, Apto. A, párr. 10.

sino que estaban, bien vivos, bien habían muerto en acciones guerrilleras en Argentina o en pugnas internas dentro del Movimiento de Izquierda Revolucionaria. De este modo, se trató de ocultar y negar la existencia de personas desaparecidas, alegando que tales denuncias tan sólo respondían a propagandas maliciosas contra Chile. Las evidencias demostrarían más tarde que todos ellos fueron realmente desaparecidos en el país.

Las víctimas de todos estos crímenes fueron personas fundamentalmente vinculadas con el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, el Partido Socialista, y el Partido Comunista.

La tristemente célebre DINA fue la responsable de la mayoría de los casos mencionados, si bien se identifican otros organismos oficiales implicados en los mismos, como el llamado “Comando Conjunto” –básicamente constituido por miembros del Ejército del Aire-, los Carabineros, y los Servicios de Inteligencia de las distintas Fuerzas Armadas –de entre los que hay que destacar al Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea, más tarde denominado Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea-.

Como respuesta a la presentación de recursos de amparos y de otras acciones judiciales, las autoridades gubernamentales negaron los hechos, o reconocieron que las personas en cuestión habían sido detenidas pero ya habían sido liberadas. El Gobierno también negó todos los casos denunciados ante los organismos internacionales, que a partir de 1974 mostraron una creciente atención y preocupación sobre lo que ocurría en el país, tanto en el seno de la OEA como en el de las Naciones Unidas¹²²⁸.

Tal y como constató la Com.IDH en su informe de 1977:

“En repetidas oportunidades, el Gobierno de Chile ha manifestado su propósito de respetar la independencia del poder judicial y de acatar sus resoluciones. Tal compromiso en la práctica, no le ha originado mayores dificultades. La mayoría de las veces, los tribunales, aduciendo que su función es la de aplicar la legislación vigente, han sustentado los mismos criterios del Gobierno, evitándose de ese modo un conflicto. Incluso, en los pocos casos en que una Corte de Apelaciones ha acogido un recurso de amparo y dispuesto la inmediata libertad del detenido, como aconteció en el caso del Sr. Carlos H. Contreras Mahije –extensamente detallado en la parte correspondiente al derecho de la vida – cuando

¹²²⁸ En el propio Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se recogen muchas de las medidas adoptadas en este sentido. Así, la Resolución de la AG de noviembre de 1974, pidiendo al Gobierno de Chile respetar plenamente la Declaración de los Derechos Humanos; la creación del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* para investigar e informar acerca de la situación de los Derechos Humanos en Chile, de febrero de 1975; la Resolución de la AG de diciembre de 1975, que aprueba el informe del Grupo de Trabajo y condena al gobierno de Chile por violaciones a los derechos humanos, como asimismo le solicita la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar los derechos humanos básicos y la libertad fundamentales; la Resolución de la CDH de febrero de 1976, que manifiesta su malestar ante las violaciones a los derechos humanos; el Informe especial del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de diciembre de 1976; la Resolución de la AG de diciembre de 1976, que aprobó el informe anterior, constató violaciones a los derechos humanos en Chile y pidió al Gobierno Militar la adopción de diversas medidas al respecto; la Resolución de la CDH de marzo de 1977, que condena al gobierno de Chile por las violaciones a los derechos humanos constatadas; el Informe especial del Grupo de Trabajo *Ad hoc* de diciembre de 1977; y la Resolución de la AG de diciembre de 1977, que aprobó el informe anterior, condenó al gobierno de Chile y le formuló recomendaciones.

*el Ministerio del Interior ha negado que la persona se encontraba detenida, la correspondiente Corte de Apelaciones, después de efectuar una investigación, se ha limitado a disponer el archivo del expediente*¹²²⁹.

Frente a este estado de cosas, por el Decreto Ley N°. 1552 de 11 de septiembre de 1976 se promulgaba el Acta Constitucional N°. 3, relativa a los Derechos y Deberes Constitucionales, en la que se reconocían y garantizaban la mayoría de los derechos humanos universalmente reconocidos.

Resulta necesario subrayar, en todo caso, que a partir de 1974, y quizá desde fines de 1973, la DINA comenzó a desarrollar actividades en otros países de Iberoamérica –comenzando por Argentina–, así como en Europa y en los Estados Unidos de América. Ya fuera a finales de 1975, en las reuniones celebradas a fines de noviembre/principios de diciembre y plasmadas en el documento “Reunión de Inteligencia”, ya fuera en 1976, lo cierto es que a iniciativa de este organismo chileno se crearía una instancia de colaboración y coordinación de los servicios de inteligencia del Cono Sur (en particular de Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia y Paraguay –y a partir de 1978, Ecuador y Perú–), con el objetivo de eliminar a opositores políticos en todo aquel ámbito geográfico a través de planes operativos denominados “Condor”. La metodología empleada básicamente consistió en la interrelación, bajo presupuestos de reciprocidad, de estos servicios, y la creación de “grupos de tareas” –integrados por agentes de cada uno de estos Estados– que se dedicaron a secuestrar, interrogar, torturar, asesinar, y hacer desaparecer en el territorio del país en que operaban a todos aquéllos considerados como subversivos; o en su caso, a secuestrarlos para posteriormente trasladarlos a centros clandestinos de detención ubicados en sus propios países.

En el caso chileno consecuencia de esta política fueron, entre otros, los asesinatos del General retirado Prats –mentor del propio General Pinochet–, su esposa, y Víctor Eduardo Oliva, así como la desaparición de Guillermo Roberto Beausire, Jean Yves Claudet, Edgardo Enriquez, Regina Marcondes, Patricio Biedma, Luis Muñoz, Juan Humberto Hernández, Manuel Jesús Tamayo, y Luis Enrique Elgueta en Argentina; los asesinatos de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt en los Estados Unidos de América; la desaparición de Jorge Fuentes en Paraguay; y el atentado contra Bernardo Leighton y Ana Fresno en Italia.

Este proceso se vio acompañado de la progresiva implementación del liderazgo de Pinochet en las Fuerzas Armadas y en el mismo régimen. El 27 de junio de 1974 el General Pinochet sería nombrado Jefe Supremo de la Nación –a la par, mantenía su puesto como Presidente de la Junta Militar–, y el 17 de diciembre de ese mismo año, Presidente de la República; proceso que quedó completamente consumando con el referendo de septiembre de 1980. En conexión con este proceso se articuló un inicial programa de institucionalización social, ideológica y, básicamente, económica –a partir de 1975 a cargo de los conocidos como “Chicago boys”– del nuevo régimen.

¹²²⁹ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1977”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 21 corr. 1, 20 de abril de 1978, Sección Cuarta, VI.c., párr. 4.

Conviene mencionar, finalmente, que en este período se inicia la constitución de diversas organizaciones de denuncia de la situación de los derechos humanos en el país, comenzando con la Asociación de Familiares de los Detenidos Desaparecidos, que empezó a funcionar a fines de 1974.

3) Agosto de 1977–marzo de 1990: Pese a que en un período tan amplio como éste pueden detectarse grandes variaciones respecto del número y método de los crímenes cometidos, dos son las características esenciales que permiten conformar esta tercera etapa bajo un rótulo único. De un lado, todos estos años pueden evaluarse como el período “post-DINA”; del otro, ya a partir de 1979 se detecta una acción opositora de carácter armado, principalmente a cargo del Movimiento de Izquierda Revolucionaria y del Frente Patriótico Manuel Rodríguez.

Los asesinatos de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt marcarían el ocaso de la DINA, que bajo presión de los Estados Unidos de América¹²³⁰, la Iglesia Católica, y algunos sectores del propio régimen, sería suprimida el 13 agosto de 1977¹²³¹; siendo sustituida por la CNI¹²³², que quedó bajo la dirección de un alto oficial de Ejército, el Director Nacional, que había sido contrario a la DINA.

La comisión de crímenes de derechos internacional y violaciones de los derechos humanos se redujo considerablemente desde ese momento hasta 1979-1980. Desde la lógica imperante en este contexto, la emisión de la ley de amnistía en 1978¹²³³ bien podía haberse entendido como un intento de dejar atrás el pasado y avanzar hacia un futuro libre de la represión anterior; dejando cerrada, obvia decirlo, cualquier posibilidad de castigo por los crímenes cometidos. A este respecto, declara el preámbulo del decreto:

“Considerando: 1. La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional; 2. El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos; 3. La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.”

La realidad, sin embargo, fue bastante distinta.

En lo concerniente a esta norma, la previsión clave fue su artículo 1, a tenor del cual se dispuso:

¹²³⁰ El 1 de agosto de 1978, los Estados Unidos de América reclamaron la extradición de Manuel Contreras, Pedro Espinoza y Fernández Larios, como sospechosos de estos asesinatos. En octubre de 1979, la Corte Suprema finalmente denegó la extradición.

¹²³¹ Véase Decreto Ley N°. 1876 que derogó el ya mencionado del Decreto Ley N°. 521. En esta norma se alegaba como motivo para poner fin a la organización la conveniencia de estructurar de acuerdo a las actuales circunstancias las atribuciones de un organismo creado en una situación de conflicto interno ya superada

¹²³² Véase Decreto Ley N°. 1878, del mismo 13 de agosto de 1977.

¹²³³ Decreto Ley N°. 2191 de 19 de abril de 1978.

“Concédase a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren sometidas a proceso o condenadas.”

La aparente simetría de esta previsión se veía quebrada con el contenido del resto del articulado. Así, la amnistía se aplicaba también a los condenados por tribunales militares, se excluían una serie de delitos, y de hecho su aplicación a los exiliados se hacía inoperante¹²³⁴. De otro lado, resulta destacable que según se establecía en su artículo 4, quedaba excluida de la amnistía la investigación iniciada por los asesinos de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt; excepción justificable en atención a las circunstancias ya referidas.

Fue objeto de polémica desde la emisión de la norma la etapa de las investigaciones a partir de la cual el decreto de amnistía resultaba aplicable. Muchos tribunales militares intentaron cerrar casos sin ninguna investigación, hasta que en 1979 la Corte Suprema de Justicia dictaminó que en el caso de desaparición de personas las investigaciones debían continuar. Sin embargo, las investigaciones avanzaron muy poco, hasta que en 1985 la misma Corte Suprema comenzó a confirmar decisiones emitidas por los tribunales inferiores para aplicar el Decreto N°. 2191 a casos de desapariciones antes de que los hechos hubieran quedado plenamente establecidos; llegando a sancionar a los jueces que impugnaban el sobreseimiento de los casos. Así, no sorprenderá que en 1989 el juez militar Carlos Pareira invocase el decreto de amnistía para cerrar alrededor de cien causas.

En conclusión, frente al beneficio inmediato y directo para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, tal y como manifestó la Com.IDH, *“esta amnistía no varió fundamentalmente la situación de los disidentes del régimen militar y tan sólo significó la puesta en libertad de quienes se encontraban en las cárceles, algunos de los cuales, fueron obligados a abandonar el país. La situación de los exiliados no varió y numerosas solicitudes de reingreso han sido rechazadas”*¹²³⁵.

A partir de 1979 –con la “Operación Retorno”–, y más sistemáticamente desde 1980, el muy castigado Movimiento de Izquierda Revolucionaria –al que posteriormente se unirían el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, y el Grupo “Mapu-Lautaro”– realizaría una serie de atentados y ataques contra unidades policiales y militares. Como respuesta, la CNI y otros organismos gubernamentales pondrían en práctica una actividad represiva o contrainsurgente mucho más intensa, cuyo punto de inicio puede situarse en julio de 1980, cuando fue asesinado el Teniente Coronel de Ejército Roger Vergara –consecuencia inmediata fue la creación del Comando Antisubversivo y del paramilitar Comando Vengadores de Mártires, responsables ambos de múltiples crímenes posteriores–; mas a diferencia de lo ocurrido en períodos

¹²³⁴ Cfr., artículos 2-5. El impacto de esta medida favoreció directamente al personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Los tribunales militares cerraron toda investigación sobre el paradero de personas desaparecidas estando detenidas.

¹²³⁵ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1978”, OEA/Ser.L/V/II.47, doc. 13 rev.1, 29 de junio de 1979, Sección Cuarta, apto. b), párr. 5.

anteriores, la represión se caracterizó por compartir las notas del pasado pero introduciendo una novedad importante: Se practicaban arrestos que se reconocían, poniendo a los detenidos a disposición de las Fiscalías Militares; si bien, por otra parte, se seguían cometiendo violaciones de los derechos humanos que se ocultaban o bien se presentaban como acciones derivadas de enfrentamientos armados.

Dos años antes se había intensificado la institucionalización del régimen, y tras distintas medidas legislativas y debates en el seno militar, sería aprobada una nueva Constitución mediante el plebiscito de 11 de septiembre de 1980, realizado bajo estado de sitio y de emergencia, sin un control imparcial sobre los escrutinios, y en el que los votos en blanco fueron contabilizados afirmativamente. Así ratificada, con más del sesenta y siete por ciento de votos a favor, la autoproclamada “Constitución de la Libertad” entró en vigor el 11 de marzo de 1981, otorgando, aun de forma transitoria¹²³⁶, poderes plenos y discrecionales al General Pinochet, sin prever responsabilidad alguna por sus acciones, ni ningún contrapeso judicial o de otra índole. Formalmente se reconocieron los derechos fundamentales inspirados en la mencionada Acta Constitucional N° 3, sin embargo, su garantía quedó totalmente anulada durante los estados de excepción¹²³⁷.

Aunque en atención a algunas de sus disposiciones, la Constitución fue oficialmente presentada como un “modelo transitorio”, la misma perpetuaba un esquema de poder completamente centralizado, sin resquicio para la pluralidad ni mecanismo específico para la representación y participación política –que se sentían como algo totalmente irrelevante, cuando no reprochable–, esto es, mantenía intacta la esencia del régimen militar personalista existente.

Los siguientes años se vieron marcados por el continuo ascenso en la actividad represiva del Estado chileno –en algunos casos incluso incontrolada, como demostró la muerte de los empleados bancarios en Calama por parte de funcionarios de la CNI–, y la consecuente renovación automática de los estados de excepción vigentes; situación que adquirió su punto máximo en 1987, cuando se produjo la muerte de doce y desaparición forzada de cinco miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, hechos atribuibles a la CNI en el desarrollo de la conocida como “Operación Albania”. Acompañando a este proceso, todo este período se vio sacudido por una profunda crisis económica (fundamentalmente desde 1980-1981) y una creciente atención y protesta de la Comunidad Internacional y la sociedad civil, en la que cabe destacar la actuación llevada a cabo por el Servicio de Paz y Justicia, la Comisión Chilena de Derechos Humanos, el Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo, la Comisión Nacional contra la Tortura, y la Asamblea de la Civilidad.

En este contexto se dieron las Jornadas Nacionales de Protesta: Hasta 1983 se llevaron a cabo seis “Jornadas Nacionales de Protestas”, que costaron la vida a noventa y seis personas, mil quinientas cincuenta y nueve heridos y más de treinta mil detenidos.

¹²³⁶ Véanse Disposiciones Transitorias Decimocuarta y Decimotercera.

¹²³⁷ Consúltase el artículo 41.3, que ha de ser leído en conexión con la Disposición Transitoria Vigésimocuarta.

La movilización popular siguió durante 1984, lo que llevó a la dictadura a declarar el estado de sitio, el estado de emergencia y el estado de peligro de perturbación de la paz interior, lo que se tradujo en una agudización de las violaciones de los derechos humanos. Junto a ello, 1986 sería declarado como el “año definitivo”: Básicamente, el Partido Comunista anunció que ese sería el año para acabar con el régimen de Pinochet. Distintas iniciativas sociales poco exitosas concluyeron el 25 de octubre, con el fallido atentado contra el General Pinochet en el que murieron cinco de sus escoltas. Como respuesta a este hecho, las autoridades chilenas desplegaron la ya citada “Operación Albania”.

Pese a que en el conocido como “Plan Chacarrillas” de 1977 se anunció que el régimen transferiría el poder a los civiles en 1985 a través de una forma de democracia restringida (la conocida como “democracia autoritaria o democracia protegida”), no sería hasta 1988 cuando se produciría un hecho fundamental para la transición chilena. El régimen militar, completamente confiado de su victoria, decidió convocar el plebiscito previsto en el texto constitucional de 1980, proclamando el 30 de agosto de 1988 al “transitorio” General Pinochet como su candidato a “ratificación presidencial”. Las fuerzas democráticas, a pesar del rechazo inicial a lo planteado por la Constitución, pero convencidas de que los esfuerzos anteriores no habían servido para acabar con el régimen dictatorial, decidieron participar bajo el conocido como “Comando Nacional por el NO”. Era la primera vez que un régimen autoritario convocaba a un referendo del que se podría derivar su propia disolución.

El 5 de octubre de 1988, contra toda previsión, el “no” a la permanencia del General Pinochet como Jefe del Estado venció por más de un cincuenta y cinco por ciento de votos. Las autoridades militares aceptaron los resultados. En este momento entraron en vigor una serie de previsiones que permitieron a Pinochet prorrogar su mandato un año más, período de tiempo que supuso un factor clave para configurar y delimitar el presente y futuro de la transición de Chile.

Así, casi de forma inopinada se abrió en pleno el proceso de transición chilena –ya en 1988, ya en 1989–; proceso en el que, no obstante, las Fuerzas Armadas mantuvieron una importante cuota de poder no sólo *de facto*, sino *de iure*. Tal y como ha expuesto Márkó, *“los militares son un influyente factor político en el Chile de los años noventa. Tienen conciencia de su poder, poca flexibilidad para aceptar esquemas alternativos y pueden presentar ordenadamente sus reparos, como ocurrió – lo que denominaron “ejercicio de adiestramiento y enlace”- el 19 de diciembre de 1990, lo que de verdad constituyó un acuartelamiento, no comunicado previamente a las autoridades políticas”*¹²³⁸.

El 30 de julio de 1989, sin que estuviera vigente ninguno de los estados de excepción, se celebraría un plebiscito para reformar la Constitución, aprobándose las cincuenta cuatro enmiendas presentadas a la Constitución de 1980¹²³⁹. El 11 de diciembre se realizarían elecciones presidenciales en las que vencería Patricio Aylwin, de la Concertación de Partidos por la Democracia. El 11 de marzo de 1990, momento

¹²³⁸ *Vid.* MÁRKÓ, Z.: “La agenda política de la transición...”, *op. cit.*, págs. 198-199.

¹²³⁹ Las enmiendas propuestas por la Junta Militar y aprobadas en el plebiscito figuran en la Ley N°. 18825.

considerado por algunos autores como el final de la propia transición¹²⁴⁰, Aylwin recibiría de manos del General Pinochet la banda que lo convertía en el primer Presidente democrático en diecisiete años; Presidente que, sin embargo, debió convivir hasta 1998 con el mismo Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército.

En lo que aquí interesa, el régimen militar de Chile dejó un saldo de más de tres mil ejecutados y/o desaparecidos¹²⁴¹, y más de veintiocho mil víctimas de detención política y tortura¹²⁴²; permaneciendo la práctica totalidad de estos crímenes en la más absoluta impunidad.

Junto a las evidencias ya mencionadas sobre este último aspecto, conviene hacer notar que la opinión pública también era consciente de esta situación y de sus responsables. Como ejemplo, en una encuesta de marzo de 1991 más del setenta por ciento de los consultados respondieron que el Poder Judicial había hecho poco o nada para investigar y sancionar los crímenes cometidos. En este mismo orden de ideas, debe apuntarse que pese a la valentía e independencia de algunos tribunales chilenos, la respuesta de la Alta Magistratura fue siempre similar. Para ilustrar esta realidad puede resultar paradigmático el caso del juez Carlos Cerda, que bien materializa la actitud ya apuntada de la Corte Suprema desde mediados de 1980: En el año 1985 el Ministro Cerda, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que actuaba como Ministro en Visita encargado de investigar la situación de las personas arrestadas en 1976 por la DINA, había procesado a Miguel Estay Reyno por considerarlo cómplice del delito de privación ilegítima de la libertad de dos desaparecidos. La defensa había invocado en favor del procesado los beneficios del Decreto de amnistía de 1978. Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema de Justicia habían rechazado los argumentos de la defensa al respecto, en el curso de los años 1985 y 1986. Después de más de tres años de investigaciones, el 14 de agosto de 1986 el Ministro Cerda ordenó detener a un total de cuarenta personas —treinta y ocho de ellas pertenecientes a la Fuerza Armada y de Orden Público— por los delitos de asociación ilícita y privación ilegítima de la libertad. La defensa recurrió la Resolución del Ministro Cerda ante la Corte de Apelaciones de Santiago por considerar que el Ministro había cometido falta o abuso, pues la responsabilidad penal de los procesados se encontraba extinguida en

¹²⁴⁰ Así, por ejemplo, GARRETÓN, M. A.: “De la transición...”, *op. cit.*, pág. 184. Más adelante, el autor parece termina por declararse así sobre este particular: “*Más allá de la discusión absurda sobre si la transición terminó o estamos aún e indefinidamente en ella, de modo que sería casi tan larga como la propia dictadura y casi la mitad de lo que fue la democracia chilena hasta 1973 y que terminaría cuando cualquiera decida arbitrariamente que ya ha terminado, sirviendo esto de pretexto para impedir o no realizar otras transformaciones de fondo...*”. *Vid. Ibid.*, pág. 185.

¹²⁴¹ Considerando los casos documentados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la cifra de víctimas durante la dictadura chilena ascendería a tres mil ciento noventa y cinco. Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y...*, *op. cit.*, Primera Parte, Capítulo I, y Tercera Parte, Capítulos I-III; CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN: *Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996, disponible en http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_informes_cnrr.html

¹²⁴² Cfr. COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA: “Informe de 10 de noviembre de 2004” e “Informe Complementario de 1 de junio de 2005”, en <http://www.comision-tortura.cl/inicio/index.php>.

virtud del Decreto N°. 2191. La Octava Sala de la Corte de Apelaciones acogió el recurso, consideró aplicable la amnistía y consideró que correspondía dictar sobreseimiento definitivo, no sólo de los cuatro inculcados que habían presentado el recurso, sino también de los otros treinta y seis. El 6 de octubre de 1986 la Segunda Sala de La Corte Suprema confirmó esa Resolución de la Corte de Apelaciones. El 7 de octubre, el Ministro Cerda, ante esta Resolución, emitió una propia en la que concluía que la orden que le impartía la Corte de Apelaciones consistente en sobreseer total y definitivamente a los inculcados era contraria a Derecho. En consecuencia, el Ministro Cerda suspendió el cumplimiento de lo ordenado y presentó a la Corte de Apelaciones las razones de la suspensión. La Corte Suprema, al tomar conocimiento de la Resolución del Ministro Cerda, consideró que ésta importaba un desconocimiento de sus obligaciones y una gravísima falta de disciplina judicial, porque ningún precepto lo autorizaba para alzarse ni discutir resoluciones judiciales ejecutoriadas y menos dictadas por la Corte Suprema. Además, agregó la Corte, la conducta del Ministro Cerda como juez de primera instancia significaba el quebramiento de las bases fundamentales de la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Por ello, la Corte Suprema sancionó al Ministro Carlos Cerda Fernández con dos meses de suspensión de empleo y de la mitad de su sueldo.

Como reconocería posteriormente el mismo Cerda, en su cruzada judicial de 1986 se encontró absolutamente solo¹²⁴³.

En síntesis, como concluyó la Com.IDH aún en 1985:

“La magnitud de las violaciones se explica por el hecho de que el Gobierno de Chile ha empleado prácticamente la totalidad de los métodos conocidos para la eliminación física de los disidentes, entre otros, desapariciones, ejecuciones sumarias individuales y aún de grupos de personas indefensas, ejecuciones decretadas en procesos sin ninguna garantía legal, tortura y violencia indiscriminada y excesiva contra manifestaciones públicas.

(...)

*184. La magnitud de las violaciones comprobadas, la diversidad de los métodos empleados en su ejecución, el prolongado lapso durante el cual ellas se han llevado a cabo y la impunidad de los funcionarios que las han realizado, permiten considerar a la Comisión que no se trata de excesos individuales explicables en el contexto de una lucha armada contra un enemigo interno, sino que, por el contrario, obedecen al propósito deliberado del Gobierno de Chile de eliminar toda forma de disidencia aún a costa de violaciones tan graves al derecho a la vida como las documentadas...”*¹²⁴⁴.

El repaso a las medidas tomadas desde ese momento debe comenzar advirtiendo que, en la línea de lo apuntado, en 1990 la Corte Suprema de Chile sostuvo la total validez del Decreto de amnistía N°. 2191, no sólo con relación al ordenamiento jurídico interno chileno, sino incluso respecto a lo establecido en el derecho internacional. No obstante, la Corte reconoció que la amnistía no podía aplicarse a la

¹²⁴³ Además de las referencias ya realizadas, sobre el papel de los órganos de justicia durante la dictadura chilena, véase MATUS, A.: *El libro negro de la justicia chilena*, Verso, Buenos Aires, 1999.

¹²⁴⁴ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.77. rev.1, doc. 18, 8 de mayo de 1985, Capítulo III, párrs. 182 y 184.

responsabilidad civil¹²⁴⁵, si bien, en su argumentación posterior no aclaró cómo podría lograrse ésta sin la posibilidad de activar ninguna investigación acerca de estos crímenes¹²⁴⁶.

Frente a esta posición, el Presidente Aylwin había prometido en su campaña electoral derogar el Decreto de amnistía si llegaba al poder; deseo que se mostró irrealizable por el diseño mismo, fruto de la Constitución de 1980, de un poder legislativo —en especial de la Cámara Alta— en el que las Fuerzas Armadas mantenían una clara posición de control. De este modo, cada vez adquiriría mayor sentido una de las frases que hizo célebre el mismo Presidente desde su discurso en el Estadio Nacional¹²⁴⁷: *“Justicia en la medida de lo posible”*.

Ha de advertirse que en la elección de esta fórmula no fue ajena la experiencia ya analizada de países como Uruguay y Argentina; configurándose en inicio el modelo chileno como una suerte de camino intermedio entre ambas.

La apuesta principal de Aylwin fue establecer un “régimen de la verdad”, en el que se enmarcaría la designación de una Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación, conformada por ocho miembros provenientes de todo el espectro político chileno. Su mandato fue *“contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos”*¹²⁴⁸ cometidas en los últimos años, sea en el país o en el extranjero, si estas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos **y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos**¹²⁴⁹.

Posiblemente también influenciada por lo acaecido en Argentina y Uruguay, la Comisión optó por centrarse esencialmente en los casos de desaparición y muerte, y nombrar sólo a las víctimas, no a los responsables. En este sentido, Zalaquett, uno de los más destacados miembros de la misma, explicaría tiempo después que consideraron que la responsabilidad dictaba que durante la transición aquéllo era lo máximo a lo que cabía aspirar. De hecho, argumentaba Zalaquett, si el gobierno hubiera hecho un intento (por fútil que fuera, dada la legalidad vigente en Chile) por ampliar las posibilidades para los enjuiciamientos, probablemente habría provocado tensiones y

¹²⁴⁵ Cfr. Corte Suprema de Chile, *caso Insunza Bascuña, Iván Sergio (recurso de inaplicabilidad)*, 24 de agosto de 1990, párrs 25-29.

¹²⁴⁶ El recurrente había presentado un recurso de aclaración referente a esta cuestión que fue rechazado por la Corte alegando, simplemente, que el efecto de la amnistía en el derecho penal no se subordinaba a las acciones civiles. Las partes debían ser las que analizaran cómo podrían iniciar la acción civil sin la investigación criminal.

¹²⁴⁷ El Presidente Aylwin escogió este lugar para dar su discurso el día siguiente a recibir su banda como Presidente de Chile. La elección, por supuesto, no fue casual. El Estadio Nacional fue uno de los lugares de detención masiva en los momentos inmediatamente posteriores al golpe de Estado.

¹²⁴⁸ Sobre el concepto de violación a los derechos humanos adoptado por la Comisión, recuérdese lo mencionado en el apartado 1. b) del capítulo V. Añádase en este momento, que autores como Mera han considerado que equiparar las violaciones de los derechos humanos a los delitos cometidos por actores armados opuestos al régimen militar no fue más que una concesión a la Fuerzas Armadas. Cfr. MERA, J.: “Chile: Truth and Justice under the...”, *op. cit.*, pág. 174.

¹²⁴⁹ *Id.* Decreto Supremo N°. 35, de 25 de abril de 1990, art. 1. La negrita es mía.

reacciones que no hubieran producido la verdad ni la justicia¹²⁵⁰. Muy probablemente, las experiencias de los países ya comentados estaban en la mente de este autor cuando interiorizó tales valoraciones.

Con este conjunto de limitaciones la Comisión finalizó su informe –el conocido como *Informe Rettig*–, cuyas conclusiones fueron presentadas por el Presidente Aylwin el 4 de marzo de 1991. Tras pedir disculpas públicas por los hechos que relataba el informe, lo que posteriormente se conocería como “Doctrina Aylwin” quedó plasmada en las declaraciones realizadas por el Presidente en ese acto: “*Espero que éstos (los tribunales de justicia) cumplan debidamente su función y acojan las investigaciones, a lo cual –en mi concepto– no puede ser obstáculo la ley de amnistía vigente*”¹²⁵¹.

Pese a la voluntad expresada, en los primeros años que siguieron al informe de la Comisión no se logró finalizar ningún enjuiciamiento criminal, y la Corte Suprema siguió confirmando el sobreseimiento de casos mediante la aplicación del Decreto de amnistía. Junto a ello, la Corte se mostró cada vez más dispuesta a transferir las causas abiertas en la jurisdicción ordinaria a los tribunales militares.

Los intentos de enjuiciar a los responsables de los crímenes pasados, los procesos abiertos, así como distintos proyectos legislativos para agilizar e introducir nuevos procedimientos para la investigación de todos los casos que podrían verse afectados por el Decreto de amnistía, fueron respondidos por las Fuerzas Armadas el 28 de mayo de 1993, con el conocido como “Boinazo”. Aquel día, varios grupos militares salieron de sus cuarteles, recorrieron las calles de Santiago durante horas montados en vehículos blindados, y rodearon la Casa de la Moneda y el edificio de las Fuerzas Armadas, mientras el Presidente Aylwin se encontraba fuera del país. Esta “advertencia” fue atendida por el Presidente Aylwin mediante la promoción de lo que se denominó como “Ley Aylwin”, que estableció, entre otras cosas, métodos para asegurar el anonimato de aquéllos que entregasen información sobre los desaparecidos. El proyecto, sin embargo, sería retirado el 2 de septiembre ante la airada protesta de los familiares de las víctimas y de gran parte de la Concertación.

De índole similar fue la respuesta de algunos miembros de las Fuerzas Armadas ante la condena de General Contreras y el Brigadier Espinoza –en primera instancia en 1993, y confirmada por la Corte Suprema en 1995–, como autores intelectuales de los asesinatos de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt. El conjunto de declaraciones vertidas en aquella ocasión tuvo una intención última que bien puede resumirse en las siguientes declaraciones del General Pinochet: “*La única cosa que queda, señores contertulios, es olvidar! Agrego que no es manera de hacerlo abriendo procesos judiciales o metiendo a la cárcel. No, ¡OLVIDO!, y para eso hay que por ambos lados olvidar*”¹²⁵².

La misma confianza en la democracia naciente en Chile se vio cada vez más socavada por la incapacidad de las autoridades civiles para enfrentar tanto esta serie de

¹²⁵⁰ A este respecto, WESCHLER, L.: *A Miracle...*, *op. cit.*

¹²⁵¹ Citado en AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Chile: la transición en la encrucijada...”, *doc. cit.*, Aplicación y efecto de la Ley de Amnistía de 1978, apto. b), párr. 1.

¹²⁵² Citado en *ibid.*, El impacto del caso Letelier/Moffitt y la posterior protesta militar, párr. 8.

respuestas de las Fuerzas Armadas como, en esencia, el poder real que aún mantenían. Así, a pesar de la buena marcha de la economía y el excelente nivel de popularidad de Aylwin, del setenta y cinco por ciento de los chilenos que declaraba en 1990 sentirse “satisfechos” o “muy satisfechos” con la democracia, se pasó a un porcentaje del treinta y siete por ciento en 1993. En este orden de ideas, no extrañará que a finales del mandato de Aylwin menos del dieciséis por ciento de los chilenos considerase que la democracia estaba completamente instalada en el país¹²⁵³.

Ahora bien, los limitados avances en el ámbito de la responsabilidad penal contrastaron con una serie de importantes iniciativas en el campo de la reparación, inspiradas en las propuestas incluidas en el informe de la Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación. De entre todas ellas, pueden destacarse la creación de la Oficina Nacional de Retorno¹²⁵⁴, cuyo objetivo fue facilitar el regreso de los exiliados políticos; el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos (popularmente conocido como PRAIS)¹²⁵⁵, que desde 1991 ha prestado ayuda a casi doscientas mil víctimas de la dictadura; las medidas para reintegrar a las personas expulsadas de la administración pública; o la constitución de la Fundación Memorial del Detenido Desaparecido y del Ejecutado Político, y la construcción de varios Memoriales, como medidas de reparación moral.

Mención aparte amerita la creación en 1992 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación¹²⁵⁶, con mandato, de un lado, para investigar los casos de desaparecidos, ejecutados y muertos por violencia política que no alcanzó a resolver la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación -en su cometido, la Corporación examinó mil doscientos casos reconociendo ochocientos noventa y nueve nuevas víctimas-, y de otro, para desarrollar la coordinación, ejecución y promoción de las recomendaciones contenidas en el informe de la propia Comisión. En este orden de ideas, fueron especialmente relevantes las medidas previstas para la reparación material, con un presupuesto total de más de quince millones de dólares al año¹²⁵⁷, que aunque no absolutamente perfectas, constituyen un elemento muy significativo a destacar: Conforme al artículo 17 de la Ley que creó la Corporación, se dispuso:

“Artículo 17. Establécese una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos o de la violencia política, que se individualizan en el

¹²⁵³ Sobre esta serie de encuestas, LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic...*, *op. cit.*, págs. 214-218.

¹²⁵⁴ Mediante Ley N°. 18994 de 20 de agosto de 1990.

¹²⁵⁵ En sus inicios el PRAIS se desarrolló como proyecto financiado por la Agencia Internacional para el Desarrollo (julio 1991 a julio de 1993), con el propósito de brindar atención médica integral a las familias más severamente afectadas por violaciones a los derechos humanos, a través de siete equipos multidisciplinarios en siete Servicios de Salud de seis regiones del país. A partir de julio de 1993, el PRAIS continuó su labor como un programa regular del Ministerio de Salud.

¹²⁵⁶ Creada por la Ley N°. 19123, en 2004 modificada por la Ley N°. 19980.

¹²⁵⁷ Trece millones para las pensiones mensuales, casi un millón para financiar medidas sanitarias a favor de las familias de los desaparecidos y muertos, y un millón doscientos mil dólares para beneficios educativos de hijos de desaparecidos y muertos.

*Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (...)*¹²⁵⁸.

El trabajo de la Corporación permitió el acceso a una pensión de reparación para mil doscientos ochenta y siete cónyuges, mil ciento ochenta y siete ascendientes, doscientas dos madres de hijos nacidos fuera del matrimonio y doscientos cuarenta y cuatro hijos de ellas, y ciento treinta y tres discapacitados. Respecto a medidas reparatorias relacionadas con la vivienda, la educación y la salud, cinco mil noventa y nueve personas se vieron beneficiadas.

El 11 de diciembre de 1993 sería elegido Presidente de la República, Eduardo Frei, asentándose en los años siguientes un turbulento, y a veces incoherente, período de avances y retrocesos en la persecución penal de los responsables de los crímenes pasados, que aproximadamente se extendería hasta finales de 1998/principios de 1999. En este tiempo, la Corte Suprema mantuvo su doctrina en lo relativo a la aplicación del decreto de amnistía y la transferencia de casos a la jurisdicción militar, aunque en algunas contadas decisiones modificó su criterio. Como ejemplo valga citar el caso de la desaparición de Juan Cheuquepán y José Llaulen, en el que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema decidió confirmar la primera sentencia condenatoria dictada en Chile en un caso de desaparición forzosa. El 5 de diciembre de 1995 la Corte Suprema rechazó la solicitud de aplicación del decreto de amnistía y confirmó la jurisdicción civil, argumentando que no podía considerarse que los delitos hubieran sido cometidos en acto de servicio. La condena de los acusados, dos carabineros y un civil, fue confirmada: tres años de prisión y una sanción de doce mil dólares estadounidenses¹²⁵⁹.

En este orden de ideas, deben destacarse también otras dos importantes causas: En primer lugar el caso de Mario Fernández, en el que el 13 de agosto de 1995, en una decisión histórica, la Sala Primera de la Corte Suprema confirmó una condena de la Corte de Apelaciones de la Serena en la que se ordenada al Estado chileno pagar una indemnización de más de un cuarto de millón de dólares a los hijos de Mario Fernández, muerto por torturas a manos de agentes de la CNI en octubre de 1984. En segundo, la ya citada sentencia del caso Contreras Maluje. El 26 de octubre de 1998 la Corte Suprema emitiría una decisión que posteriormente se constituiría en la base de muchos de los más destacados procesamiento por crímenes pasados; en ella se negada la aplicación del decreto de amnistía o de cualquier limitación temporal bajo la consideración de la desaparición forzosa como un crimen continuando o permanente¹²⁶⁰.

Pese a estas decisiones puntuales, y a que en el mismo 1998 se aprobarían una serie de fundamentales medidas para depurar a los miembros de la Corte Suprema y

¹²⁵⁸ Véanse, igualmente, artículos 18 a 20, así como las últimas modificaciones citadas.

¹²⁵⁹ Cfr. Corte Suprema de Chile, *caso Juan Cheuquepán y José Llaulen*, 5 de diciembre de 1995.

¹²⁶⁰ También respecto a las relaciones entre el derecho interno chileno y el derecho internacional, la Corte fue dando bandazos en sus resoluciones. Ejemplo de los dos extremos entre los que se movió son lo resuelto en el caso Poblete Córdova y en el caso Ziede Gómez.

ampliarla de diecisiete a veintiún Magistrados¹²⁶¹, aún para 1999 tan sólo diecinueve personas, casi todas de baja graduación, habían sido condenadas frente a las más cinco mil querellas presentadas y más de tres mil casos documentados y reconocidos por el Estado chileno. Los casos por los que se dictó sentencia condenatoria fueron, en su mayoría, aquéllos en los que por su momento de comisión no les era aplicable el decreto de amnistía¹²⁶².

Estas acciones judiciales se vieron acompañadas de procedimientos penales en otros Estados, como los realizados en Italia por el atentado contra Bernardo Leighton y Ana Fresno¹²⁶³, o en Argentina por el asesinato del General retirado Prats y de Sofía Cuthbert¹²⁶⁴; de igual modo, se realizaron procesos para exigir responsabilidad civil por los crímenes cometidos, cuyo mejor ejemplo es el caso *Cabello v. Fernández Lagos*¹²⁶⁵. Sin embargo, todos ellos quedaron prácticamente eclipsados por el intento de enjuiciamiento en España de un General Pinochet que el 11 de marzo de 1998 había ocupado su puesto de senador vitalicio del Congreso chileno. Un día antes había cesado como Comandante en Jefe del Ejército, siendo sustituido por el General Izurieta Caffarena.

Ciertamente, en otros países europeos como Bélgica, Francia, y Suiza se abrieron también procesos contra Pinochet, mas la causa abierta en los tribunales españoles adquirió rápidamente el mayor de los protagonismos. Con todo, cabe destacar brevemente el proceso seguido en Bélgica, concretamente el auto dictado por el Juez de instrucción del *Tribunal de première instance* de Bruselas, Damien

¹²⁶¹ Así, para finales de 1998 más de la mitad de los Magistrados de la Corte Suprema de Chile ya no provenía de la época del gobierno militar. De igual modo, las creadas Cámaras Criminales de la Corte pasaron a estar controladas por una mayoría de Magistrados que se mostraban a favor del enjuiciamiento de los crímenes pasados.

¹²⁶² En concreto, fueron el homicidio de Orlando Letelier y Ronnie Moffi; el homicidio de Manuel Guerrero, José Manuel Parada y Santiago Nattino; el homicidio Mario Fernández López; violencia innecesaria con resultado de muerte de Carlos Godoy Echegoyen; violencia innecesaria con resultado de muerte de Nelson Carrasco; cuasidelito de homicidio de Rodrigo Rojas de Negri y cuasidelito de lesiones de Carmen Gloria Quintana; y el secuestro de José Julio Llaulen Antilao y la sustracción del menor Juan Eleuterio Cheuquepán.

¹²⁶³ El 23 de junio de 1995 fueron condenados a veinte años de prisión el General Contreras y el Coronel Iturriaga Neumann por coordinar el atentado contra el político demócrata-cristiano y ex vicepresidente Bernardo Leighton y su esposa, Ana Fresno. La sentencia, recurrida, quedó confirmada el 9 de julio de 1996. Ya en 1993 había sido condenado a dieciocho años de cárcel el ex-agente de la DINA, Michael Townley, por este mismo crimen.

¹²⁶⁴ El 22 de enero de 1996 fue condenado a veinte años de cárcel el ex agente de la DINA, Enrique Arancibia Clavel, por el asesinato del antecesor de Pinochet en la jefatura del Ejército, General Carlos Prats, y de su esposa, Sofía Cuthbert.

¹²⁶⁵ Hacia finales de 1998, el *Center for Justice and Accountability* inició una serie de medidas para reunir evidencias y cooperar en la presentación de denuncias contra ciudadanos chilenos residentes en los Estados Unidos de América responsables de la comisión de crímenes durante el gobierno militar. Fruto de esas iniciativas fue el proceso contra el oficial chileno Fernández Lagos, miembro de la “Caravana de la Muerte”, que terminó siendo condenado por un tribunal de Miami, el 15 de octubre de 2003, a pagar una indemnización y daños punitivos por valor de cuatro millones de dólares por la tortura y ejecución extrajudicial de Winston Cabello. Para más datos, véase *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division, Case N° 99-OS28-CIV-LENARD, Estate of Winston Cabello et al. (Plaintiffs), Armando Fernández Larios (Defendant)*, 31 de octubre de 2003.

Vandermeersch, el 6 de noviembre de 1998. Al no contemplar la legislación belga los crímenes contra la humanidad, la denuncia dirigida contra Pinochet le imputaba la comisión de crímenes de guerra, categoría que sí estaba incorporada en la Ley de 6 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II a dichos Convenios. Sin embargo, en la línea de lo al menos deslizado al comienzo de este trabajo, el Juez Vandermeersch rechazó la posible incriminación de Pinochet por crímenes de guerra, entendiendo que la situación vivida en Chile no podía ser calificada como un conflicto armado, y recalificó de oficio los cargos imputados bajo la categoría de crímenes contra la humanidad.

Centrándome en la causa abierta en España, y remitiendo para sus particularidades a los excelentes trabajos monográficos existentes sobre la misma¹²⁶⁶, conviene subrayar en lo que aquí concierne que durante el proceso habido en Londres se multiplicaron las denuncias por violaciones de los derechos humanos y crímenes de derecho internacional contra el General Pinochet en el mismo Chile. Así, aunque a inicios de 1998 ya se habían presentado algunas denuncias contra Pinochet por el caso de la “Caravana de la Muerte”, para el 3 de marzo de 2000, día en el que el General Pinochet regresó a su país, eran más de sesenta las denuncias interpuestas; cuatro días después, el Juez Guzmán decidiría solicitar el desafuero del General, y dos meses más tarde ya había más de cien denuncias en su contra. En 2004 se alcanzó la cifra de casi trescientas.

De este modo, como concluye Roht-Arriaza: *“Within the space of less than a year, Pinochet had gone from untouchable to the most complained-against man in Chile (...). How did it happen? Everyone I asked in Chile agreed in citing two main factors: judicial reform and the case against Pinochet in Spain (...). Garzón’s investigation affected Chile’s political and judicial processes profoundly, speeding up and strengthening already existing tendencies and serving as a catalyst for change. It affected the government, the judges, the lawyers, the human rights groups, the press and the military”*¹²⁶⁷.

Los años siguientes están repletos de iniciativas destacables:

En el ámbito reparatorio, sobre la base de la proposición del Ministro de Defensa del Presidente Frei, en 1999 se iniciarían una serie de conversaciones, conocidas como “Mesas de Diálogo”, entre las Fuerzas Armadas y representantes de la sociedad civil y el activismo de los derechos humanos. Pese a graves dificultades, ya

¹²⁶⁶ Excede de las posibilidades de este apartado abordar el proceso habido en España y el Reino Unido contra el General Pinochet, con lo que, de los muchos trabajos que han analizado esta cuestión, me permito recomendar algunos de los que considero más completos: ARAN, M. y LOPEZ GARRIDO, D.: *Crimen internacional y jurisdicción internacional. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; BRODY, R. y RATNER, M. (eds.): *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Kluwer, La Haya, 2000; REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet...*, *op. cit.*; ROHT-ARRIAZA, N.: *The Pinochet...*, *op. cit.*; WOODHOUSE, D. (ed.): *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Hart, Oxford, 2000.

¹²⁶⁷ *Vid.* ROHT-ARRIAZA, N.: *The Pinochet...*, *op. cit.*, pág. 85. Desde otra perspectiva, véase BOISTER, N. y BURCHILL, R.: “The Pinochet Precedent: Don’t Leave Home Without It”, en *CLF*, vol. 10, núm. 4, 1999.

bajo la presidencia de Lagos, primer Presidente socialista tras Allende, las mismas concluyen con la creación de un mecanismo que bajo una suerte de secreto profesional -de hecho, la medida legislativa fue denominada “Ley de Secreto Profesional”¹²⁶⁸- trataría de reunir la información necesaria con vistas a localizar a los desaparecidos que aún permanecían bajo ese estatus. En 2001 se presentó la información reunida por las Fuerzas Armadas y de Seguridad, que aunque incompleta, permitió averiguar la ocurrido en el caso de ciento treinta desaparecidos.

En noviembre de 2003 se creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura¹²⁶⁹, con mandato para la investigación de casos de tortura y prisión política entre septiembre de 1973 y marzo de 1990. En su informe de noviembre de 2004 se documentaron y reconocieron veintisiete mil doscientas cincuenta y cinco víctimas de detención política y tortura; cifra a la que a través de un informe complementario de mayo de 2005¹²⁷⁰, se agregaron mil doscientas cuatro víctimas. Acompañando estos datos se presentó un completo análisis sobre las consecuencias de la prisión política y la tortura en las víctimas, y se diseñó un conjunto de medidas de reparación contenidas en la Ley N°. 19992¹²⁷¹. A tenor de esta norma, junto a previsiones en el orden médico y educativo¹²⁷²:

“Artículo 1°.- Establécese una pensión anual de reparación en beneficio de las víctimas directamente afectadas por violaciones a los derechos humanos individualizadas en el anexo “Listado de prisioneros políticos y torturados”, de la Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, que forma parte del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por el decreto supremo N° 1.040, de 2003, del Ministerio del Interior.

Artículo 2°.- La pensión anual establecida en el artículo anterior ascenderá a \$1.353.798 para aquellos beneficiarios menores de 70 años de edad, a \$1.480.284 para aquellos beneficiarios de 70 o más años de edad pero menores de 75 años y a \$1.549.422 para aquellos beneficiarios de 75 o más años de edad. Esta pensión se pagará en 12 cuotas mensuales de igual monto y se reajustará en conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 del decreto ley 2.448, de 1979, o en las normas legales que reemplacen la referida disposición. La pensión establecida en el inciso precedente será incompatible con aquellas otorgadas en las leyes números 19.234, 19.582 y 19.881, pudiendo quienes se encuentren en tal situación optar por uno de estos beneficios en la forma que determine el Reglamento. Con todo, aquellas personas que ejerzan la opción antedicha, tendrán derecho a un bono de \$3.000.000, el que se pagará por una sola vez dentro del mes subsiguiente de ejercida la opción....”¹²⁷³.

En lo relativo a la persecución penal, desde el año 2001 la Corte Suprema asignó a Ministros de Fuero de las Cortes de Apelaciones y jueces de primera instancia la tarea exclusiva o preferencial de investigar casos de derechos humanos; de los cuales más de trescientos cincuenta seguían abiertos. Los procesos contra el General Pinochet continuaron aumentando, aunque no lograron superar totalmente, bien el obstáculo de su desafuero como senador vitalicio, bien, a la postre, sus aparentes problemas de salud

¹²⁶⁸ El texto puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc>.

¹²⁶⁹ Véase Decreto Supremo N°. 1040 de 26 de septiembre de 2003.

¹²⁷⁰ Consúltase Decreto Supremo N°. 1086 de 3 de noviembre de 2003.

¹²⁷¹ Ley N°. 19992 de 24 de diciembre de 2004.

¹²⁷² Consúltense arts. 9-14.

¹²⁷³ *Id.* Ley N°. 19992 de 24 de diciembre de 2004, arts. 1-2.

para enfrentar los juicios. Así ocurrió en las causas abiertas por los crímenes cometidos durante la “Caravana de la Muerte” y la Operación Cóndor, y muy probablemente concluyan con idéntico resultado los procesos derivados de la “Operación Colombo”, los crímenes perpetrados en la “Villa Grimaldi” –donde sufrió torturas la propia Presidente actual de la República, Michelle Bachelet-, y el procedimiento abierto por la desaparición del sacerdote español Emilio Llidó¹²⁷⁴.

Por su parte, con el paso del tiempo la Corte Suprema parece haber ido consolidando una jurisprudencia en favor de la no aplicación del decreto de amnistía y del reconocimiento de la desaparición forzosa como crimen continuado. Así por ejemplo, en el importante caso de Miguel Ángel Sandoval, la Corte ratificó la sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en la que se sostenía:

*“Que en cuanto a la procedencia de la amnistía y prescripción alegada en estos autos, deben hacerse las siguientes consideraciones: a) Que el Decreto Ley 2.191 concedió la amnistía, en su artículo 1, a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices y encubridores hayan incurrido en ciertos hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978; b) Que, como ha quedado de manifiesto durante el curso del proceso, se encuentra acreditado el delito de secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez en Villa Grimaldi, desconociéndose hasta ahora el lugar dónde se encuentra, sin que se haya podido tener noticias de su deceso, sea por propia confesión de los encausados o por el testimonio de los testigos que, igualmente fueron secuestrados y torturados en el centro de detención clandestina de Villa Grimaldi, o por hallazgo del cuerpo de Sandoval Rodríguez; c) Que en razón de lo expuesto, y teniendo dicho delito de secuestro el carácter de permanente, al seguirse prolongado en el tiempo, no procede, en el caso de autos la aplicación de la mencionada Ley de Amnistía, ya que ésta se refiere a delitos consumados en el período de tiempo que señala, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, como tampoco la prescripción de la acción penal, pues la acción ilícita no ha cesado en sus consecuencias para la víctima, la que se encuentra aún desaparecida”*¹²⁷⁵.

Esta causa sirve también para ilustrar una pauta presente en los últimos años de la experiencia chilena. Los casos “emblemáticos” en cierto modo han ido resolviéndose, así como aquéllos que se cometieron fuera del espectro temporal del decreto de amnistía, mientras que el resto aún encuentran muchos obstáculos; siendo ejemplo paradigmático todas las causas abiertas contra el General Pinochet, que parece avocado

¹²⁷⁴ De forma muy resumida, tal y como se ha apuntado, al regresar a Chile la justicia retiró a Pinochet el fuero senatorial en agosto de 2000, por el proceso abierto por los crímenes de la “Caravana de la Muerte”; ante esto, el General Pinochet se declaró demente senil, y fue sobreesido por la Corte Suprema en enero de 2001. Tras una entrevista televisiva en la que el General vertió juicios que demostraban todo menos su alegada senilidad, y nuevamente acusado por la justicia chilena en relación con los crímenes de la Operación Cóndor, en mayo de 2004 fue despojado de su fuero por el juez Juan Guzmán; la Corte Suprema sobreesió el caso por motivos de salud en septiembre de 2005. A mediados de julio de 2004, en el informe sobre terrorismo y lavado de dinero de una comisión senatorial de Estados Unidos de América, salió a la luz que entre 1996 y 2002 Augusto Pinochet manejó cuentas millonarias en el Riggs National Bank, y el 7 de junio de 2005 el dictador fue desaforado otra vez por las cuentas bancarias y la evasión de impuestos. En esas mismas fechas, se logró un nuevo desafuero por las acusaciones derivadas de la “Operación Colombo”.

¹²⁷⁵ *Vid.* Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, Rol 11.821-2003, 5 de enero de 2004, párr. 76.

a cumplir la vieja máxima que a los españoles nos es tan conocida sobre el lugar y la forma en que, al final, mueren los dictadores.

Con todo, ha de destacarse también que en algunas causas los tribunales militares continuaron manteniendo una posición muy restrictiva respecto a las investigaciones de los crímenes pasados.

Mientras tanto, se han presentado diversos proyectos que de un modo u otro han tratado de ir restringiendo los plazos temporales para la sanción de estos crímenes, en una suerte de intento de poner un punto final a las persecuciones penales. De todos ellos, quizás el más destacado haya sido el conocido como “Proyecto de Ley de empalme”; norma con la que el Gobierno trataba de conseguir la aplicación de algunas medidas de la Reforma Procesal Penal a los juicios del antiguo sistema que todavía está vigente en la Región Metropolitana. A tal efecto, en lo que aquí interesa, fijar un plazo máximo de dos años para terminar las investigaciones.

En este contexto, el 25 de enero de 2005 la Corte Suprema acordó, en una resolución aplaudida por el mismo Presidente Lagos, que en un plazo de seis meses los jueces que conocen de procesos penales por los crímenes cometidos en la dictadura debían declarar cerrados los sumarios, y que había de ponerse término a las dedicaciones exclusivas y extraordinarias de los jueces y ministros¹²⁷⁶. Esta medida quedó parcialmente suspendida en mayo de ese año ante la presión de organismos de derechos humanos.

La situación, por tanto, puede bien resumirse señalando que de todos los crímenes citados, en el momento de redacción de este trabajo tan sólo se ha logrado condena penal en los casos del asesinato de Orlando Letelier y Ronnie Moffi, de la muerte por tortura de Mario Fernández, de la sustracción de menor J. Cheuquepán Levimilla y secuestro de J. Llaulen Antilao, de la muerte por tortura de Carlos Godoy Echegoyen, de la muerte de Rodrigo Rojas Denegri y lesiones graves a Carmen Gloria Quintana, del homicidio de Manuel Guerrero, José Manuel Parada y Santiago Nattino, de la muerte de Nelson Carrasco, de la muerte de Memola Hormázabal Cesar, Quintana Díaz Segundo, Plaza Díaz Sara, Becker Alfaro Víctor H., de la muerte de Mariqueo Martínez Pedro y Osorio Vera José, del secuestro y desaparición de Miguel Ángel Sandoval, y la muerte de Daniel Menco; así como en los casos Tucapel Jiménez, y Juan Alegría.

¹²⁷⁶ Puede consultarse el texto en http://www.elmostrador.cl/c_pais/ddhh_cortesuprema_plazos.htm.

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN

1) Marco general: La prohibición de impunidad.

Si como ya se ha señalado, la erradicación de la impunidad aparece como un propósito ampliamente reiterado en los sectores del ordenamiento jurídico internacional que aquí ocupan, resulta ahora necesario profundizar en este complejo término, pues como reza la célebre máxima de San Ignacio: “conocer al diablo es destruir su poder”.

Puede comenzarse señalando que la noción básica del término impunidad sería la no punición o ausencia de castigo; advirtiendo inmediatamente que incluso en los Estados con sistemas de justicia más desarrollados, como ha escrito con acierto Zaffaroni, “*aunque parezca mentira la impunidad dentro del aparato del poder punitivo del Estado es la regla, la punición es la excepción*”¹²⁷⁷. La consecuencia evidente es que esta primera aproximación intuitiva o semántica no resulta verdaderamente definitiva, como tampoco aclarará satisfactoriamente recordar que hace casi cuatro siglos, Hobbes, ya asimilase el crimen más grave posible a aquél que se perpetraba a conciencia de su impunidad.

En realidad, frente a esta caracterización general el uso del vocablo impunidad en contextos como los que aquí interesan viene referido a un fenómeno mucho más específico, pero no por ello de fácil acotación. A este respecto, reflexionando en torno a las experiencias que se analizan en este trabajo, algunos autores han afirmado la existencia de cuatro tipos de impunidad: la jurídica, la social, la moral, y la histórica. La primera sería la falta de sanción; la segunda, la que supondría que reconocidos represores pudieran ser elegidos en cargos públicos; la impunidad moral sería aquella que justificaría a los perpetradores; y la impunidad histórica, aquella que recogería como verdad la mentira oficial de los años de terror¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ Vid. ZAFFARONI, E. R.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel jurídico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, *op. cit.*, pág. 19. Nótese la cautela de este autor, patente en muchos de sus trabajos recientes, respecto al modo de enfrentar la impunidad, y en esta línea, en cuanto a las consecuencias jurídicas que de ella pueden llegarse a derivar considerando la cuestión desde la perspectiva general del papel del derecho penal o, más en concreto, del poder punitivo del Estado.

¹²⁷⁸ Cfr. BERISTAIN, C. M.: “Reconciliación y...”, *op. cit.*, págs. 67-68, en el que se recogen algunas posiciones de Garretón.

De lo expuesto en estos párrafos se extrae con claridad la pertinencia de realizar una distinción inicial entre lo que se ha denominado impunidad en sentido amplio e impunidad en sentido restringido: Mientras que la primera vendría referida a la no persecución penal de conductas que pueden encuadrarse en la criminalidad común –“*en una medida tan notoria que la cantidad de delincuentes que son sancionados es mucho menor que aquella que lo es*”¹²⁷⁹–, la segunda estaría vinculada exclusivamente a la ausencia de sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos. De este modo, centrando el examen en la impunidad en sentido restringido, ha de acudir a otros textos para encontrar un desarrollo más acorde a este estudio.

Así por ejemplo, la Corte IDH ha definido esta impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CIDH¹²⁸⁰.

Por su parte, en el “Informe Final Revisado” de la Subcomisión se ha entendido por impunidad la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluida a la indemnización del daño causado a sus víctimas¹²⁸¹.

Ahora bien, ciertamente resulta común relacionar impunidad y ausencia de un procedimiento penal, ya por violaciones a los derechos humanos, ya por crímenes de derecho internacional, más que con cualquier otra de las actuaciones que menciona la Subcomisión. A este respecto, por citar otro ejemplo, la misma CIJ en el asunto de la *Orden de arresto de 11 de abril de 2000*, sostuvo que:

“60. The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity.

(...)

First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries’ courts in accordance with the relevant rules of domestic law.

Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity.

Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has

¹²⁷⁹ Vid. LOZANO, C. E.: “La impunidad y las formas de combatirla”, en VV.AA: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad*, Bogotá, 1991, pág. 201.

¹²⁸⁰ Esta definición ha sido reiterada en varias decisiones de la Corte, por ejemplo en *caso Paniagua Morales y otros*, *Sentencia del 8 de marzo de 1998*, Serie C: *Resoluciones y Sentencias*, No. 37, párrafo 173.

¹²⁸¹ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 de octubre de 1997, pág. 19. La misma definición se contiene en el reciente estudio de la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*

jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.

*Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction...*¹²⁸².

Sin embargo, como señalaran los expertos Guissé y Joinet, si bien la lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, no puede centrarse únicamente en ese objetivo; debe responder también a otros imperativos: sancionar a los responsables, y satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación¹²⁸³. Lo que por mencionar otros ejemplos propios de este trabajo, ha sido explicitado por el Com.DH con relación a la experiencia guatemalteca, demandando:

*“... al Gobierno de Guatemala a que continúe trabajando en el proceso de reconciliación nacional que pueda traer una paz duradera a la sociedad guatemalteca. El Gobierno de Guatemala debería adoptar todas las medidas pertinentes para evitar casos de impunidad y, especialmente, para que las víctimas de violaciones de derechos humanos encuentren la verdad sobre esos actos, conozcan quiénes son sus autores y obtengan la indemnización adecuada. El Comité recomienda que, de conformidad con el Pacto, el Estado parte ponga a disposición de la justicia a los autores de violaciones de los derechos humanos, independientemente de los cargos que hayan podido ocupar. Insta al Estado parte a que investigue las denuncias de violaciones de derechos humanos, pasadas y presentes, a que actúe en función de las conclusiones de sus investigaciones para poner a disposición de la justicia a los sospechosos, castigar a los autores e indemnizar a las víctimas de tales actos. Las personas declaradas culpables de haber cometido violaciones de los derechos humanos deberían ser expulsadas de las fuerzas armadas y de seguridad y castigadas en consecuencia”*¹²⁸⁴.

Por su parte, en el caso de Brasil, el Com.DH consideró que:

*“... es imperativo adoptar medidas estrictas para hacer frente a la cuestión de la impunidad, garantizando que las denuncias de las violaciones de derechos humanos se investiguen de forma inmediata y completa, que se enjuicie a los autores, que se impongan las penas apropiadas a los que sean declarados culpables y que se indemnice en forma adecuada a las víctimas”*¹²⁸⁵.

En este orden de ideas, resulta por tanto posible vincular el concepto de impunidad con la etapa en la que se encuentre el mismo proceso; pudiendo presentarse en consecuencia otros subtipos de impunidad, tal y como han hecho autores como Gutiérrez: 1) Impunidad de hecho: Sería la ausencia de denuncia de los hechos punibles. 2) Impunidad investigativa: Propiciada por una deficiente actividad de

¹²⁸² *Vid. Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, pág. 22.*

¹²⁸³ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos”, preparado por Guissé y Joinet en cumplimiento de la Resolución 1992/23 de la Subcomisión, Documento de Naciones Unidas: CN.4/Sub.2/1993/6, de 19 de julio 1993, párrafo 13.

¹²⁸⁴ *Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.63, 3 de abril de 1996, E. Sugerencias y Recomendaciones, párrs. 2-3.*

¹²⁸⁵ *Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Brasil”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.66, 24 de julio de 1996, párr. 20.*

investigación. 3) Impunidad de congestión: Debida a la sobrecarga de la justicia penal. 4) Impunidad legal: Fruto de reglas procesales o legislación especial. 5) Impunidad delictuosa: Producida por el desarrollo de actividades delictivas –en general medidas coactivas- en contra de las partes procesales¹²⁸⁶.

A todas ellas cabría agregar, tal y como se ha mencionado y como destaca un autor de la altura de Ambos, una forma posterior de impunidad en aquellos casos en que no existe compensación ni reparación de las víctimas¹²⁸⁷; teniendo presente que como ha sostenido la Subcomisión, existe un claro nexo entre la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y la no provisión de una reparación justa y adecuada a las víctimas¹²⁸⁸.

Es preciso aclarar, no obstante, que a pesar de la utilidad de la clasificación de Gutiérrez, debe discurrirse de ella en la defensa de un concepto de impunidad más específico. A tal efecto, la referencia al término impunidad debe hacerse en el entendimiento de que ésta es deliberada, perseguida por las instituciones del Estado. No creo, por ello, que se deban incluir supuestos de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (en sentido amplio) o de ausencia (no forzada) de denuncia de las víctimas. Sobre este particular debería tenerse en cuenta algo que comprobé en diversas entrevistas sobre el mismo terreno (de estudio). Resulta, cuanto menos, osado esperar que personas que han vivido durante años bajo sistemas en que la denuncia ante los tribunales, bien resultaba inútil, bien suponía represalias inmediatas, se aventuren de inmediato a presentar sus causas antes las cortes de justicia una vez establecidos gobiernos, más o menos, democráticos. Sin embargo, esta carencia no ha de valorarse en términos de impunidad, sino como una carencia en programas de educación y reconstrucción de la confianza en las instituciones del Estado.

En consecuencia, en la búsqueda de una definición más precisa deberán excluirse del catálogo construido por Gutiérrez los tipos 1, 2 (al menos en cuanto al concepto de “investigación deficiente”) y 3, pues a mi entender no responden a los casos que han de calificarse propiamente como impunidad.

De este modo, adquirirían todo su sentido las palabras de la declaración final, conocida como Declaración de Santiago, del Seminario Internacional “Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos”, realizado en Chile del 13 al 16 de diciembre de 1996: *“La impunidad es, en lo inmediato, la renuncia a la sanción penal a los violadores de los*

¹²⁸⁶ Cfr. GUTIÉRREZ, G.: “Reflexiones sobre la impunidad”, en VV.AA.: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia...*, op. cit., págs. 219-251.

¹²⁸⁷ Cfr. AMBOS, K.: *Impunidad...*, op. cit., pág. 40.

¹²⁸⁸ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms”, Documento de Naciones Unidas: CN/4./Sub.2/1992/8, 29 de julio 1992, en especial pág. 18.

*derechos humanos, y sus consecuencias afectan a la sociedad en su conjunto... Es la institucionalización de la injusticia por quienes están llamados a hacer justicia”*¹²⁸⁹.

En conclusión, aunque en estos primeros apartados me centraré en la persecución penal, por impunidad habrá de entenderse la ausencia deliberada de investigación, detención, juicio, sanción y reparación en casos de violaciones a los derechos humanos y comisión de crímenes de derecho internacional; esto es, la impunidad constituiría un comportamiento directamente opuesto a las obligaciones internacionales explicitadas en la primera Parte de este trabajo. Consecuentemente, el Com.DH ha exigido en este tipo de situaciones:

*“... al Estado parte a que investigue estos casos y garantice el enjuiciamiento y el castigo de los responsables. La impunidad por la violación de los derechos humanos es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado parte con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto”*¹²⁹⁰.

Consideraciones que en el ámbito regional americano se han concretado, ya desde la primera sentencia de la Corte IDH, de la siguiente forma:

*“Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”*¹²⁹¹.

Lo que en una formulación más completa, también ha sido señalado en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad:

*“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”*¹²⁹².

Ahora bien, en los documentos recogidos se apunta otra distinción esencial que va a resultar de gran importancia para este análisis: la diferenciación entre la impunidad de hecho y de derecho¹²⁹³.

¹²⁸⁹ Puede consultarse el texto completo de las conclusiones de este Seminario Internacional en http://www.nuncamas.org/investig/seminar/seminar_24.htm.

¹²⁹⁰ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.106, 8 de abril de 1999, párr. 17.

¹²⁹¹ Vid. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párr. 176.

¹²⁹² Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Conjunto de principios actualizado...”, *doc. cit.*, I. Lucha contra la impunidad: obligaciones generales principio 1.

¹²⁹³ En este sentido, conviene señalar que en el “Informe final sobre la administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”, se explicita esta circunstancia señalando: “La impunidad se define por la ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquéllos escapen a toda investigación tendiente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su

La propia CDH así lo ha expuesto explícitamente al señalar que los mecanismos de impunidad son múltiples, incluyendo las medidas basadas en una ley, a través de legislación que exime de persecución a los perpetradores de abusos a los derechos humanos, así como la impunidad en la práctica, en la cual, no obstante la existencia de leyes que prevén la persecución a los violadores de derechos humanos, tanto los problemas relacionados con el funcionamiento del órgano judicial, particularmente su independencia e imparcialidad, como las amenazas y la intimidación dirigida en contra de las víctimas de violaciones de derechos humanos y/o de los testigos, hacen peligrar toda investigación¹²⁹⁴.

De este modo, la misma impunidad en sentido restringido puede desglosarse en dos categorías interrelacionadas pero claramente diferenciables, la impunidad fáctica y la impunidad normativa:

A) La primera sería aquella producida como resultado de mecanismos o situaciones de hecho que no hacen posible la persecución y sanción penal, esencialmente, de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho internacional¹²⁹⁵. Entre las causas que se han identificado como determinantes de este tipo de impunidad estarían la militarización de amplios sectores de la sociedad civil, la ascendencia de las Fuerzas Armadas sobre el poder civil, el control de extensas zonas del territorio nacional por parte del estamento militar, o la proliferación de grupos paramilitares¹²⁹⁶; hechos, todos ellos, claramente observables en las experiencias iberoamericanas ya resumidas. Dicho en palabras del fiscal español Castresana, cuando se habla de impunidad de facto el Derecho existe, las normas están en vigor, han sido debidamente aprobadas, y sin embargo por alguna razón no se aplican, no obtienen consecuencias prácticas y concretas¹²⁹⁷.

Como mecanismos fácticos suelen citarse los intentos masivos de intimidación a los gobiernos civiles a través de las Fuerzas Armadas, las amenazas directas a la justicia y sus representantes, así como contra las partes en el proceso -especialmente los testigos-, la corrupción, falta de imparcialidad, voluntad o independencia de la justicia penal.

condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas.” Vid. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, doc. cit., Definiciones, A.

¹²⁹⁴ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, Documento de las Naciones Unidas: CN.4/1995/61, 14 diciembre de 1994, pág. 123.

¹²⁹⁵ En una clasificación llamativa, Corcuera Cabezut incluye este tipo de situaciones entre las medidas de amnistía, calificándolas en concreto como “autoamnistías violatorias *de facto*”. Cfr. CORCUERA CABEZUT, S.: “Las leyes de amnistía a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en CORCUERA CABEZUT, S. y GUEVARA BERMUDEZ, J. A. (compiladores): *Justicia Penal Internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001, págs. 107-113.

¹²⁹⁶ Véase en este sentido, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Impunidad de...”, *op. cit.*, pág. 193.

¹²⁹⁷ Consúltese la Transcripción de la conferencia pronunciada por el fiscal Castresana en las Jornadas contra la Tortura organizadas por Amnistía Internacional, *op. cit.*

Es oportuno señalar que organizaciones como Amnistía Internacional incluyen también en este punto 1) las situaciones en las que las autoridades investigan pero no lo hacen de manera pronta, diligente y acatando los estándares internacionales en la materia; 2) cuando el Estado sólo persigue judicialmente a algunos responsables; 3) cuando no se investigan la totalidad de crímenes cometidos en un caso ni procesan a los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas; y 4) cuando los responsables de un caso no son castigados con penas apropiadas con la gravedad de la violación o su imposición no es asegurada por las autoridades¹²⁹⁸.

B) Impunidad normativa: Sería aquélla que tiene su origen directo en normas jurídicas que prohíben la persecución penal, básica pero no exclusivamente¹²⁹⁹, de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos. Aunque su justificación, nominal, es muy diversa, como se ha visto suele sustentarse en invocaciones a la necesidad de superar el pasado y favorecer la reconciliación nacional; resultando, de igual modo, que las causas mencionadas para la impunidad de hecho no son en ningún caso irrelevantes en la evaluación de la impunidad de derecho.

Como formas principales de impunidad normativa suelen señalarse las jurisdicciones especiales –esencialmente la militar-, las amnistías, los indultos, o los estados de excepción. Así por ejemplo, Ravenna tras revisar la historia reciente de los países iberoamericanos concluye afirmando que, leyes, decretos de indultos, plebiscitos, la fuerza o acuerdos de paz, todas son formas que llevan a un solo final: La impunidad¹³⁰⁰.

Sin embargo, tal y como se apuntó, tanto las jurisdicciones especiales –como los estados de excepción– son más que normas de impunidad factores de impunidad, en tanto que no eximen directamente la responsabilidad penal, sólo “facilitan” esa posibilidad; respecto a los indultos cabría hacer también otra matización, pues al menos *a priori*, los mismos sólo aparecen como jurídicamente eficaces en relación con el cumplimiento de la sanción penal sentenciada, si bien, el uso ya expuesto de estos instrumentos en las experiencias que aquí se estudian se ha referido a otras situaciones procesales, realidad que justificará su inclusión en este grupo.

¹²⁹⁸ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Memorial en derecho...”, *doc. cit.*, párrs. 68 y 69.

¹²⁹⁹ Además de lo ya mencionado téngase en cuenta que “*en muchas situaciones en que la impunidad ha sido sancionada por ley o en que existe una impunidad de hecho para los responsables de violaciones flagrantes de los derechos humanos, se impide efectivamente a las víctimas solicitar y recibir una reparación y compensación. De hecho, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar las responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada.*” *Vid.* SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Estudio relativo al derecho de restitución...”, *doc. cit.*, párr. 127.

¹³⁰⁰ Cfr. RAVENA, H.: “La Globalización de los Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Globalización de los Derechos Humanos celebrado en la La Paz en abril de 2002, III. La desaparición como instrumento, párr. 22 (texto disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/ravena1.html>).

A pesar de la indubitada existencia de estas dos categorías, debe advertirse, como se apuntó, que lo común es encontrar situaciones de impunidad fáctica conviviendo con previsiones de impunidad normativa; resultando que aunque podría pensarse que una vez que una norma consagra la no persecución de los responsables de los crímenes cometidos, las manifestaciones de impunidad fáctica perderían mucha de su razón de ser, la realidad contradice esta idea intuitiva. La matización que podría hacerse en este punto es que estas actuaciones se dirigen en estos casos, no ya contra los denunciantes, testigos, autoridades judiciales, miembros de ONGs involucradas en los procesos, etc., sino contra aquellas personas que levantan su voz en contra de esas mismas “normas de impunidad”.

En todo caso, ya sea con un protagonismo mayor de una modalidad u otra, lo que resulta patente es que la impunidad ha sido una constante en los procesos de transición iberoamericanos; afirmación que en realidad es extensible a la mayoría de situaciones análogas, pues como señala Bassiouni, con independencia del conflicto en cuestión, la práctica de la impunidad se ha convertido en el precio político a pagar para conseguir el fin de la violencia o el cambio de los regímenes totalitarios/autoritarios¹³⁰¹. A este respecto, no estará de más recordar que aun en una de las transiciones que se ha reputado como modélica, la española, la aprobación de la Ley 46/1977 de Amnistía¹³⁰² por doscientos noventa y seis votos a favor, dos en contra, dieciocho abstenciones y un voto nulo, ha llevado a Morán a concluir que “*la victoria moral de la clase política procedente del franquismo fue conseguir la amnistía sobre su pasado a cambio de facilitar la incorporación de la oposición a la vida política real. La primera derrota ética de la oposición democrática fue considerar que la única forma de conseguir integrarse en la vida política real consistía en garantizar la impunidad sobre el pasado de la otra parte*”¹³⁰³.

No obstante, incluso al margen de estos escenarios específicos, es comúnmente aceptada la consideración de la impunidad como un problema estructural, cuyas dimensiones superan lo estrictamente legal para adentrarse en lo social, lo cultural, lo psicológico¹³⁰⁴, lo económico, y lo político¹³⁰⁵.

Así por ejemplo, Peña explica que la impunidad no es más que la punta de un iceberg; en el fondo la sostienen una masa heterogénea de violencia y desigualdad, y permite plantear la hipótesis de que detrás de la falta de respuesta del Estado al

¹³⁰¹ Cfr. BASSIOUNI, M. C.: “The Need for International...”, *op. cit.*, pág. 5.

¹³⁰² B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

¹³⁰³ Vid. MORÁN, G.: *El precio de la transición*, Planeta, Barcelona, 1991, págs. 186-187.

¹³⁰⁴ Sobre las implicaciones de la impunidad en lo cultural, psicológico y social, GONZÁLEZ, H.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel sociológico”, y RINESI, E.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel sociológico”, ambos en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, *op. cit.*; NAVARRRO, M.: *Reflexiones sobre la violencia, el miedo y la justicia*, Universidad Nacional de San Juan, San Juan-Argentina, 1997.

¹³⁰⁵ En este sentido, BORÓN, A.: “La impunidad y sus consecuencias...”, *op. cit.*; LÓPEZ, G.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel político”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, *op. cit.*; así como el Seminario Internacional “Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos”, celebrado en la ciudad de Santiago de Chile del 13-16 de diciembre de 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>. Consúltase también COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Impunity”, Resolución 2002/79, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2002/200, 25 de abril de 2002, en donde se explicita que la impunidad es un fenómeno que afecta a todas las esferas de la sociedad.

fenómeno criminal se halla enquistada una forma de injusticia estructural¹³⁰⁶. Por su parte, Giraldo Moreno, afirma que la impunidad se escuda en los numerosos vacíos e ineficiencias de la justicia; en la omisión culpable de todos los poderes; en el celestinaje de los medios de información; en la manipulación sentimental de la opinión pública; en las intimidaciones y chantajes de los victimarios¹³⁰⁷. Líneas que, más centradas en el marco geográfico de este trabajo, podrían completarse advirtiendo que la práctica de la impunidad se enraíza en la historia de graves desigualdades y autoritarismo en la región; en el uso históricamente selectivo de los estándares de derechos humanos como un instrumento de política de Guerra Fría y seguridad nacional; en la herencia de las reglas militares y la escasez de reformas políticas y judiciales desde el retorno a la democracia¹³⁰⁸.

Desde esta perspectiva, se identifica a la impunidad como un fenómeno que debilita, cuando no destruye, la función preventiva (general o especial) del ordenamiento jurídico-penal; impide la justa reparación y la recuperación de la dignidad de las víctimas (el conocido como “duelo suspendido”¹³⁰⁹); niega el carácter justiciable de los derechos humanos, garantía esencial para su goce efectivo y plena vigencia; sitúa a una facción de la sociedad por encima de la justicia y del imperio del Derecho; obstaculiza el acceso a la verdad; elimina la confianza de los ciudadanos en todas y cada una de las instituciones del Estado; e impide la consolidación de una verdadera democracia.

Un fenómeno, a la postre, que puede justificar argumentaciones tan duras como las de Hule: *“En los Estados de derecho sólo existe un monopolio de la fuerza en manos del Estado. De la misma manera hay un monopolio de la verdad en cuestiones penales en manos del sistema judicial. El que no tenga sentencia judicial, puede reclamar con todo derecho la presunción de inocencia. De tal manera, en los regímenes de impunidad generalizada se da una situación que sólo permite una de dos apreciaciones igualmente inaceptables: o se acepta que los crímenes más atroces no merecen castigo dentro del sistema penal, o se admite que no existe ni siquiera un mínimo de garantías institucionales que justifiquen calificar al Estado como Estado de derecho”*¹³¹⁰.

Todo lo mencionado evidencia que el fenómeno de la impunidad se convierte en un problema de enormes dimensiones que no admite soluciones fáciles o instantáneas; mas desde un enfoque jurídico, no cabe duda de que como ha reiterado la Corte IDH, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, esto es:

¹³⁰⁶ Cfr. PEÑA D., H.: “La impunidad: apenas la punta del iceberg”, en VV.AA.: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia...*, op. cit., pág. 10.

¹³⁰⁷ Cfr. GIRALDO MORENO, J.: “Colombia: esta democracia genocida”, en *Cuadernos Cristianisme i Justícia* n° 61, Cristianisme i Justícia, Barcelona, 1994, pág. 25.

¹³⁰⁸ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Americas. The continent in which we want to live. A message from Amnesty International to the People of the Americas”, noviembre de 1994 (disponible en <http://www.amnesty.org>).

¹³⁰⁹ Para una primera aproximación sobre este concepto, JARAMILLO, L. E.: “Duelo en situaciones de violencia”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (compiladores): *Duelo, Memoria, Reparación*, op. cit.

¹³¹⁰ Vid. HULE, R.: “Impunidad: La inversión de los valores”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (compiladores): *Duelo, Memoria, Reparación*, op. cit., págs. 152-153.

“el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”¹³¹¹

De este modo, la prohibición de la impunidad se erige como imperativo fundamental en este ámbito; lo que, en consecuencia, directamente implicará que situaciones como la expuesta en el ejemplo guatemalteco, y parcialmente en el resto de Estados recogidos, serán de sencilla caracterización jurídica, en tanto que la impunidad de hecho incumple de manera directa y sin justificación posible todo el entramado jurídico internacional ya expuesto. Sin embargo, la mayoría de medidas utilizadas en los procesos que aquí ocupan serían encuadrables dentro de la conocida como impunidad normativa; resultando que sobre ella deberán concretarse ulteriores esfuerzos analíticos, pues la misma encuentra un soporte de legalidad interna sobre cuya licitud internacional será preciso reflexionar.

2) La conformidad con el derecho internacional de las medidas adoptadas en relación al castigo de los crímenes pasados.

Resulta poco menos que una bofetada al sentido común constatar la extendida tendencia de determinados elementos de las Fuerzas Armadas a tratar de imponer, por todos los medios posibles, medidas para evitar la sanción de los crímenes cometidos mientras argumentan que lo que ocurrió no fue más que una guerra en la que, simplemente, se hizo lo que en todo enfrentamiento armado es necesario; resultando, al tiempo y a la vez, que con la misma simpleza y en un ejercicio de esquizofrenia a la altura de los más recientes acontecimientos en Irak, se rechaza pertinazmente toda aplicación, o siquiera invocación, de las normas del DIH pertinentes.

Es de agradecer, no obstante, que el recurso a la alegación de la legítima defensa haya sido más minoritario, pues de este modo se ahorrarán esfuerzos en recordar que aun con las más que dificultades que ofrece el actual corsé jurídico del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas para responder a los ataques terroristas¹³¹², la posibilidad de que un Estado invoque la legítima defensa contra sí

¹³¹¹ Vid. Caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros v. Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 37, párr. 173. Consúltese también, caso *Blake v. Guatemala, Reparaciones*, sentencia de 22 de enero de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 36, párr. 64.

¹³¹² Aclárese que en este punto me refiero a ataques que, con la certeza posible, pueden calificarse como terroristas, y no a muchas de las alegaciones ya expuestas en la práctica examinada, que escudándose en tal invocación sólo trataban de ocultar la verdadera naturaleza de los hechos ocurridos. Con todo, ha de reconocerse que esta aclaración no esclarece este particular, pues se han identificado más de una centena de definiciones distintas del fenómeno del terrorismo desde la última mitad del siglo pasado; si bien, a este respecto no resultará ocioso señalar, al menos, que en la realidad de las cosas, como ha denunciado Chomsky, lo que convencionalmente significa “terrorismo” en no pocos ámbitos es simplemente el “terrorismo dirigido contra nosotros y nuestros aliados” (cfr. CHOMSKY, N.: 11/09/2001, *op. cit.*) En todo caso, para una primera aproximación a esta problemática desde el enfoque del Derecho, véanse

mismo pareciera más bien pertenecer a la ciencia ficción; si no fuera porque ésta se ve muchas veces superada por la misma realidad, ejemplificada, por citar el caso más reciente, en los argumentos del Estado de Israel con relación a la construcción del muro en los territorios ocupados de Palestina. En esta ocasión, la CIJ ya se encargó de descartar semejante posibilidad¹³¹³, que de cualquier modo, incluso si se aceptara respecto a algunos de los conflictos armados “internacionalizados” referidos, nunca podría cubrir comportamientos como los que se han examinado e identificado en el Capítulo anterior.

Con todo, nada de lo anterior hizo ni tan siquiera sonrojar al Almirante argentino Massera al proclamar indignado, durante su procesamiento, que “*no he venido a defenderme. Nadie tiene que defenderse por haber ganado una guerra justa, y la guerra contra el terrorismo subversivo fue una guerra justa*”¹³¹⁴; pasando por alto que él y sus colegas habían emitido, poco antes, la Ley 22924 por la que se amnistiaban todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza, o el bien jurídico lesionado.

La pregunta inmediata es evidente: Si un militar que combate a un enemigo en un escenario de guerra no comete delito alguno, ¿para qué va a ser preciso amnistiar un hecho lícito?

La patente paradoja descubre la convicción incluso de los propios represores acerca de la verdadera naturaleza de los actos que se cometieron en estos períodos, no sorprendiendo que en las experiencias consignadas el recurso a diversos mecanismos para excluir el castigo de los crímenes pasados haya sido abrumador. Sin embargo, esto no es privativo del Continente americano, pues si se atiende a la historia, el olvido, la amnesia provocada o la amnistía han sido la pauta general¹³¹⁵. Así, el primer

ALMOND, H. H.: “Limits and Possibilities of International Regulation of Terrorism”, en HAN, H. H. (ed): *Terrorism, Political Violence and World Order*, University Press, Boston, 1984; CALDUCH CERVERA: “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, en *REDI*, vol. LIII, n.º. 1 y 2, 2001, en especial págs. 174 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A. y FROWEIN, J. A.: *Les aspects juridiques du terrorisme international/The Legal Aspects of International Terrorism*, Centre d’études et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, 1989; GUILLAUME, G.: “Terrorisme et Droit International”, *R. des. C.*, núm. 215, 1989-III; HIGGINS, R. y FLORY, M. (eds.): *Terrorism and International Law*, Routledge, Londrés, 1997, en especial el trabajo de HIGGINS, R.: “The general international law of terrorism”; LAMBERT, J. J.: *Terrorism and Hostages in International Law*, Grotius, Cambridge, 1990, en particular el primer capítulo. Sobre esta temática, consúltense también los trabajos, coincidentes con la perspectiva de este estudio, de FERNÁNDEZ CASADEVANTE Y ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos...*, *op. cit.*; MÉGRET, F.: “Justice in Times of Violence”, en *EJIL*, vol. 14, n.º. 2, 2003.

¹³¹³ Cfr. *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párrs. 138-139.

¹³¹⁴ Palabras recogidas en la página web abierta por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología argentino: <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/frases.html>.

¹³¹⁵ A este respecto sostiene Dugard: “*Amnesty is a practise that has its roots in the early history of mankind. From time immemorial successor regimes have sought to secure peace through the pardoning of their enemies. The sole alternative, until present times, was brutal punishment without trial. Consequently, human rights advocates pleaded for political prisoners,*

antecedente de este tipo de medidas suele situarse en el mismo tratado que preconfiguraría el naciente derecho internacional penal en el año 1286 antes de Cristo¹³¹⁶; iniciando una ininterrumpida sucesión que bien podría condensarse en el ya célebre *oblivione sempiterna delendam* que pronunciara Cicerón dos días después del asesinato de César. Desde entonces, esta máxima se ha mantenido en el transcurrir de los tiempos y en todos los Continentes llegando prácticamente intacta hasta finales del siglo pasado¹³¹⁷.

A la vista de este estado de cosas cualquier observador podría sentir la tentación de abrir una línea de análisis que llegase a plantearse incluso si la utilización de la “amnistía” o el “perdón” o el “olvido” para afrontar el pasado no fuese, acaso, una costumbre internacional. No cabe duda que desde un manejo no jurídico de este concepto podría llegarse a tal conclusión, mas si se enfoca el particular dentro de los límites del derecho internacional, aunque la práctica estatal pareciera apuntar hacia ese camino, cualquier mínimo examen técnico descartaría tal solución¹³¹⁸. De las motivaciones aducidas ya examinadas no puede extraerse ni tan siquiera una invocación a que todas estas actuaciones estatales se realizaran con la convicción de obrar conforme a Derecho; más bien, lo que resulta evidente fue la alegación de diversos intereses o necesidades -la reconciliación nacional, la paz, etc.- para tratar de justificar la emisión de tales normas. En este sentido, por tanto, será de aplicación la doctrina sentada por la CIJ en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta*, esto es, que si un Estado actúa de forma aparentemente irreconciliable con una obligación internacional, pero excusa su conducta invocando una serie de excepciones, en realidad se produce una confirmación de esta norma la cuestión; todo ello con independencia de que la actitud de ese Estado encuentre o no justificación sobre la alegaciones invocadas¹³¹⁹.

La verdadera cuestión a plantearse entonces es si estas disposiciones son realmente irreconciliables con el ordenamiento jurídico internacional, o si se ajustan, y en su caso en qué medida, a lo que el derecho internacional prescribe¹³²⁰.

*even for those fallen regimes.” Vid. DUGARD, J.: “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, núm. 4, 1999, pág. 1002.*

¹³¹⁶ Véase apartado 1. b) del capítulo II. Otros ejemplos que pueden considerarse como primeros antecedentes de las actuales amnistías se sitúan en la Grecia antigua: los juramentos realizados tras el regreso de Ulises y la consiguiente guerra civil, o la denominada como “ley del olvido” que Trasíbulo hizo aprobar tras la expulsión de los “Treinta Tiranos”.

¹³¹⁷ Puede consultarse un conjunto de ejemplos de estas medidas en O’SHEA, A.: *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, págs. 7-71.

¹³¹⁸ Resulta interesante consultar sobre este particular el examen sobre el derecho consuetudinario y las amnistías que realiza CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 314-316.

¹³¹⁹ Cfr. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, párr. 186.

¹³²⁰ Apúntese que ya en 1993 el Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos invocaba tal necesidad en su informe sobre lo acaecido en Honduras. Véase COMISIONADO NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: *Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras...*, *op. cit.*, págs. 407-408.

A este respecto, analizando la experiencia chilena, Chigara ha formulado una cuestión de inicio que debe ser aclarada; para este autor: *“the political settlement of 1990 was very much a contract recorded in the constitution itself. That international criminal law is now set to supersede this internal agreement between the civilian government of Chile (as representative of the people of Chile) and the military would suggest that national amnesties are always subject to acceptance by international community. But if they are, does it mean also that unilaterally, international law can alter the grund-norm of any member-state of the United Nations?”*¹³²¹. Una respuesta positiva a tal interrogante llevaría a la consideración del derecho internacional como una especie de fuerza sobrenatural que se inmiscuye en el corazón de los Estados, obligándoles a comportarse de determinadas formas sin su consentimiento; caracterización, es evidente, inaceptable desde cualquier punto de vista.

En conclusión, los siguientes apartados abordarán este examen teniendo presente que aunque se ha alegado que las amnistías se han producido, casi sin excepción, dentro del contexto de transiciones políticas, o de afirmación de los regímenes democráticos constituidos después de un régimen de facto¹³²², ya se ha puesto de manifiesto que los propios regímenes no democráticos (y algunos pseudodemocráticos como el Perú de las leyes 26479 y 26492¹³²³) han acudido pertinazmente a ellas a través de lo que se ha venido a denominar como autoamnistías.

Junto a ello, aunque las leyes de amnistía han sido comparativamente las medidas más abundantes en este ámbito, en el presente empeño será igualmente preciso examinar la adecuación de los indultos a la normativa internacional, pues además su utilización ha presentado unas particularidades que no deben desatenderse.

Finalmente, será preciso formular algunas reflexiones sobre lo que podría definirse como “justicia selectiva”, incorporando en este punto todo lo expuesto en el apartado 1. b) del Capítulo III.

2. a) Las amnistías.

2.a. 1) Consideraciones previas sobre el concepto de amnistía.

Aun ya incorporadas dentro del concepto de la impunidad de derecho, conviene presentar ahora una definición propia de las normas de amnistía. En esta labor, aunque el mismo origen etimológico del término –del griego “olvido”– puede servir de primera orientación, ha de advertirse que la delimitación no es sencilla, pues

¹³²¹ Vid. CHIGARA, B.: “Pinochet and the Administration of International Justice”, en WOODHOUSE, D. (ed.): *The Pinochet Case: A Legal...*, op. cit., pág. 126.

¹³²² Esta es la posición sostenida en GARCÍA SAYÁN, D.: “Amnistías, verdad y justicia”, en VV.A.A.: *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*, APRODEH, Lima, 1997.

¹³²³ Para más datos, véase apartado 2.a. 2) de este Capítulo.

los concretos contornos de una amnistía varían sustancialmente según el contenido de las disposiciones por las que se concede; y así se distingue, por ejemplo, entre “amnistías generales o particulares” -en función de si alcanzan a todos los sujetos que han cometido un hecho o sólo a algunos-, “amnistías propias o impropias” -en atención a si incluyen o no a los condenados en sentencia firme-, o “condicional o incondicionales”-dependiendo de si se incorporan algún condicionante para optar a la amnistía-. No obstante, puede convenirse en que como carácter básico una amnistía es una medida a través de la cual se extingue la responsabilidad penal; extinción que, en su caso, alcanzará también a la pena y a todos sus efectos.

Desde una perspectiva más restringida cabe apuntar que algunos autores han señalado que en la conceptualización de la amnistía han de incluirse las medidas que también extinguen la responsabilidad civil, así como aquéllas que impiden la extradición por crímenes como los que aquí ocupan¹³²⁴. En mi opinión, sin embargo, mientras que la mención a la responsabilidad civil es completamente pertinente en la línea de lo ya expuesto, incorporar una referencia a la extradición resulta difícilmente justificable ante la regulación internacional de esta figura ya comentada.

De otro lado, la consideración de la ley como instrumento idóneo para la emisión de amnistías constituye un lugar común que, aunque teóricamente compatible, no ha de evaluarse como fundamental ante las particularidades institucionales de los períodos analizados en este trabajo.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de perfiles presentes en las diversas amnistías, ciertamente resulta posible sintetizarse algunas notas características de las mismas, sosteniendo que estas normas reúnen 1) una fundamentación política o social; 2) un carácter personal general; 3) una serie de supuestos materiales objetivos; y 4) la no dependencia del transcurso del tiempo entre el hecho amnistiado y la sanción de la norma. A todas ellas cabría agregar, de un lado, que las amnistías se refieren siempre y por definición a crímenes pasados, y del otro, que aunque las amnistías extinguen tanto la responsabilidad penal como sus consecuencias, este tipo de medidas se refiere generalmente al delito, no la pena, a la que al menos *a priori*¹³²⁵, se ajustaría mejor el indulto¹³²⁶.

A este último respecto, puede recordarse el contenido del artículo 3 de la argentina Ley 22924 de Amnistía de delitos cometidos con motivación, finalidad terrorista o subversiva desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82, según el cual se excluía del ámbito de aplicación de esta norma a las condenas firmes; indicando que (como así sería poco después), éstas podrían ser posteriormente abordadas en virtud de las facultades de indulto otorgadas al poder ejecutivo.

¹³²⁴ Cfr. O'SHEA, A.: *Amnesty for Crime in International...*, *op. cit.*, pág. 331.

¹³²⁵ Véase apartado 2. b) de este Capítulo.

¹³²⁶ Sobre todo esta cuestión, consúltese FIERRO, G. J.: *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; así como, reflexionando en torno a la legislación argentina, SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, págs. 62-69.

Conviene mencionar, no obstante, que sobre el distintivo contenido en el numeral cuarto, esto es, la no dependencia del transcurso del tiempo, ha existido cierta polémica concentrada en la (interesada) confusión respecto al estatus jurídico de las conocidas como “leyes de caducidad”, ejemplificadas por la práctica argentina y uruguaya. Los desarrollos en los sectores del derecho internacional analizados en este trabajo han vaciado de sentido esta polémica, mas puede resultar oportuno exponer brevemente algunas reflexiones sobre la inclusión de estas leyes bajo el rótulo de las “leyes de prescripción”.

Si por prescripción se acepta la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso de un plazo determinado de tiempo tras la comisión de un delito, resultará evidente que este tipo de normas no responde a esta lógica, sino que sin consideración alguna sobre el momento de comisión del hecho, ni fijación de un plazo a computar, simplemente pretender extinguir la responsabilidad por los crímenes cometidos hasta una fecha estipulada. La prescripción además se encuentra fundamentada, ya en la falta de necesidad de la pena (fundamento material), ya en las dificultades de prueba (fundamento procesal), ya en la consideración de las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un determinado plazo¹³²⁷; esto es, en una serie de motivos que se proyectan hacia el futuro, no que refieren exclusivamente a hechos pasados, ámbito propio, como ya se ha dicho, de las normas de amnistía.

Por ello, ni la “ley de caducidad” uruguaya ni la “ley de punto final” argentina pueden evaluarse como leyes de prescripción, como disposiciones que retroactivamente reducen el plazo de prescripción, sino que llanamente han de calificarse como normas de amnistía; como de otro lado, ya se vio que reconocía el propio Presidente uruguayo de aquellos años¹³²⁸. Con todo, el mismo régimen jurídico internacional ha terminado por soslayar esta cuestión incluyendo ambos tipos de medidas bajo idéntica consideración.

Podría realizarse un examen similar respecto a la conocida como “ley de obediencia debida” argentina, pues aunque la mayoría de la doctrina la ha equiparado a las leyes de amnistía más “tradicionales”, un experto como Sancinetti advierte que una ley que declara que un sujeto actuó efectivamente dentro de los límites de su deber de obediencia no puede evaluarse como una amnistía que, en esencia, extingue la responsabilidad penal por hechos criminales o que, al menos, pudieron haber constituido un crimen¹³²⁹. Lo cierto es que, a mi entender, la alegación de ésta u otra justificación para eximir de responsabilidad penal por los hechos cometidos en el pasado resulta, a la postre, irrelevante; y más aun si se recuerda lo ya referido respecto a la prohibición de la eximente del seguimiento de órdenes en crímenes como los analizados en este trabajo. Así, atendiendo tanto a la voluntad política al emitir esta norma, como los efectos de la misma, no cabe más que constatar que ambos fueron

¹³²⁷ Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 773-774.

¹³²⁸ Véase nota 1211.

¹³²⁹ Cfr. SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, págs. 62-81, 141-143.

idénticos a los propios de una amnistía, y por ello así ha sido valorada por órganos nacionales e internacionales¹³³⁰.

En este orden de ideas, debe destacarse que los Estados han venido elaborando, progresivamente, normas más complejas y sofisticadas cuya caracterización parece tratar de escapar de la clásica fenomenología de la impunidad de derecho. Ilustrativo ejemplo de lo anterior serían el Decreto colombiano número 128, de 22 de enero de 2003¹³³¹, y especialmente la “Ley de Justicia y Paz” de 21 de junio de 2005¹³³²; resultando que si en ambas disposiciones se invoca la necesidad de facilitar el proceso de paz y la desmovilización de los combatientes¹³³³, en la primera se estipula:

“ARTÍCULO 13. BENEFICIOS JURÍDICOS. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación del procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de las Armas –CODA– expida la certificación de que trata el numeral 4° del artículo 12 del presente Decreto.”

Mientras que en la Ley de 2005 se diseña un sistema que pese a reconocer formalmente las obligaciones dimanantes del deber de garantía¹³³⁴, en lo que se ha calificado como “proceso de simulación con respecto al discurso de los derechos de las víctimas”¹³³⁵, establece unos plazos extremadamente breves –treinta y seis horas para presentar cargos contra los desmovilizados, y sesenta días para investigar un caso–, y unas exigencias poco rigurosas¹³³⁶, que en última instancia desemboca en su precepto clave:

“Artículo 30. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Para tener derecho a la pena alternativa se

¹³³⁰ Las decisiones de los órganos internacionales se verán en el apartado siguiente, con lo que valga tan sólo referirse ahora a lo explicitado tanto por el Ministerio Público como por la misma Corte Suprema de Argentina en el proceso que declaró inconstitucionales las leyes de “punto final” y “obediencia debida”–Cfr. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005, Dictamen del Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra de 29 de agosto de 2002, apto. VII, párr. 1-2; Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005, párr. 13.

¹³³¹ Decreto N°. 128, de 22 de enero de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.

¹³³² Véase, Texto Conciliado Definitivo al Proyecto de Ley Número 211 de 2005 Senado, 293 de 2005 Cámara, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios (disponible en http://www.dhcolombia.info/IMG/pdf/proyjusticiapaz_390_junio2005.pdf).

¹³³³ Cfr. Preámbulo y artículo 1 del Decreto N°. 128, y artículo 1 de la Ley de 2005.

¹³³⁴ Véanse artículos 4, 6-8, 15, 43-56.

¹³³⁵ Vid. VALENCIA VILLA, H.: *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos*, Centro de Investigaciones para la Paz (CIP-FUHEM), Madrid, 2005, pág. 9.

¹³³⁶ Véanse artículos 10-11, 17-30.

requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.”

El régimen jurídico que se deriva de la conjunción de estas dos previsiones normativas ha sido criticado inmediatamente por la Com.IDH¹³³⁷, y abiertamente evaluado por expertos colombianos como definidor un escenario de impunidad¹³³⁸ -valoración a la que no es ajena datos como que el índice de impunidad por crímenes contra la humanidad se sitúa en este país en cerca del noventa y nueve por ciento¹³³⁹; resultando, en todo caso, fuera de toda duda que el mismo se desliza por una pendiente lógica similar al de las “más clásicas” leyes de amnistía¹³⁴⁰, respecto a las cuales adquirirían todo su sentido las siguientes palabras de Ambos: “*Las amnistías y los indultos se deben diferenciar de las reglas (procesales penales), que obstaculizan la persecución penal luego de un determinado período (reglas de prescripción) o que provocan una atenuación de la pena*”¹³⁴¹.

2.a.2) La compatibilidad de las normas de amnistía con el derecho internacional.

Pese a la aparente contradicción de las amnistías con las obligaciones impuestas por el derecho internacional que se han ido identificando en este trabajo, lo cierto es que las escasas previsiones específicas que hasta fecha relativamente reciente se

¹³³⁷ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “La CIDH se pronuncia frente a la aprobación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia”, Comunicado de Prensa N°. 26/05, 15 de julio de 2005. Con anterioridad a este documento, puede consultarse “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.120, doc. 60, 13 diciembre 2004.

¹³³⁸ Véase, en este sentido, la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 975 de 2005, disponible en <http://www.coljuristas.org/justicia.htm>, así como el *Amicus Curiae* presentado en ese procedimiento, el 2 de diciembre de 2005, por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (<http://www.cejil.org/documentos/AMICUS%20FINAL.doc>). En el ámbito internacional, véase el Informe de Human Rights Watch: “Recomendaciones de Human Rights Watch sobre el Decreto Reglamentario de la Ley 975 del 2005”, en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2005/colombia1005/recomendaciones103105.pdf>.

¹³³⁹ Consúltese la carta abierta enviada por Iván Cepeda Castro, director de la Fundación “Manuel Cepeda Vargas”, al presidente Uribe el 8 de marzo de 2003.

¹³⁴⁰ En relación con la exclusiva posibilidad de establecer, cuando no indultar, la condena fijada tras el proceso penal, véase el apartado 2. b) de este capítulo.

¹³⁴¹ *Vid.* AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, págs. 125-126.

encontraban en este ámbito más bien parecían apuntar en el sentido contrario. Una notable excepción en este punto podría ser la Ley n°. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, en cuyo artículo 2.5 se disponía:

“In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.”

No obstante, a pesar de la peculiar naturaleza jurídica de esta norma ya advertida, dentro del ordenamiento jurídico internacional es el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra el primer texto que ha de considerarse como referente. Y así, en su tantas veces invocado por los tribunales nacionales¹³⁴² artículo 6.5 puede leerse:

*“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”*¹³⁴³.

Por su parte, en el artículo 6.4 del PIDCP y el 4.6 de la CIDH es posible también encontrar referencias a este particular; señalando, en una disposición casi idéntica en ambos convenios que:

*“Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena podrán ser concedidos en todos los casos”*¹³⁴⁴.

Ahora bien, en realidad todas estas previsiones podían reconducirse mediante una interpretación adecuada. De este modo, mientras que las últimas disposiciones citadas han de entenderse en relación con la tendencia internacional hacia la prohibición de la pena de muerte¹³⁴⁵, lo establecido en el Protocolo II debe leerse en conjunción

¹³⁴² En el ámbito de este trabajo, véanse, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de El Salvador de 16 de agosto de 1995, caso Guevara Portillo; así como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 26 de octubre de 1995, caso Romo Mena.

¹³⁴³ En el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja a este artículo además se señala: *“Amnesty is a matter within the competence of the authorities. It is an act by the legislative power which eliminates the consequences of certain punishable offences, stops prosecutions and quashes convictions. Legally, a distinction is made between amnesty and a free pardon. The latter is granted by the Head of State and puts an end to the execution of the penalty, though in other respects the effects of the conviction remain in being. This paragraph deals only with amnesty, though this does not mean that free pardon is deliberately excluded. The draft adopted in Committee provided, on the one hand, that anyone convicted should have the right to seek a free pardon or commutation of sentence, and on the other hand, that amnesty, pardon or reprieve of a death sentence may be granted in all cases. That paragraph was not adopted in the end, in order to keep the text simple. Some delegations considered that it was unnecessary to include it because national legislation in all countries provides for the possibility of a free pardon. 4618 The object of this sub-paragraph is to encourage gestures of reconciliation which can contribute to reestablishing normal relations in the life of a nation which has been divided”. Vid. Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 6(5) del Protocolo Adicional II, disponible en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760010?OpenDocument>.*

¹³⁴⁴ Aunque en otro ámbito material, puede consultarse igualmente el artículo 3.1 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979.

¹³⁴⁵ Sobre esta cuestión puede consultarse mi pequeño trabajo CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “De la pena de muerte al Derecho: Reflexiones y marco jurídico internacional sobre la pena capital”, en *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Guatemala*, n° IV, primer semestre del 2002.

con los artículos de los Convenios de Ginebra que exigen la imposición de sanciones penales adecuadas a los responsables de infracciones graves de los Convenios, y no la exoneración a sí mismos de las responsabilidades en que haya incurrido como consecuencia de ellas. Así, y en virtud del mismo concepto de unidad del derecho internacional, no cabe sostener que una norma permita aquello que las disposiciones especiales de derecho internacional prohíben; siendo, por tanto, la conclusión la necesidad de distinguir entre infracciones graves y otras violaciones relacionados con el conflicto, resultando que es sobre estas últimas que se aconseja no penalizar a los combatientes al acabar el conflicto¹³⁴⁶. Dicho de otro modo, como un intento de estimular la consecución de la paz, esta “invitación” a conceder amnistías a las partes en conflicto tras el cese de las hostilidades debe entenderse referida a aquellos sujetos que habiendo participado en el conflicto no hayan cometido ninguna infracción grave.

Pese a que en 1979 una decisión de la Com.DH planteó primeramente la duda sobre la procedencia del decreto chileno N°. 2191¹³⁴⁷, a mediados del decenio de 1980 la Com.IDH exteriorizó una posición mucho más explícita sobre este particular, sosteniendo que con la excepción del deber de esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático:

*“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella —así como cualquier otro órgano internacional— puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados —usualmente el Parlamento— tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones.”*¹³⁴⁸.

¹³⁴⁶ En este sentido, AMBOS, K.: *Impunidad...*, op. cit., págs. 126-127; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 1/99, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, y Carlos Antonio Martínez Romero, El Salvador, caso 10.480”, 24 de enero de 1999, párr. 111-116, en especial párr. 115; HADDEN, T. y HARVEY, C.: “El derecho de los conflictos y crisis internos”, en *RICR*, N°. 833, 1999; NAQVI, Y.: “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, en *RICR*, N°. 851, 2003, págs. 603-605; ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L.: “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, en *HRQ*, vol. 20, núm. 4, 1998, págs. 862-866.

¹³⁴⁷ Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, REPRESENTACIÓN REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 2005, pág. 150, párr. 81.

¹³⁴⁸ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1985-1986”, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986, Capítulo V, párrs. 10-11.

La Comisión, por tanto, parecía acudir entonces a criterios de legitimidad democrática para convalidar, o no, una norma de amnistía, sin atender a su contenido o adecuación con el ordenamiento jurídico internacional pertinente.

Resultó aun más perturbadora la opinión de la Com.IDH con relación al decreto de amnistía guatemalteco 27-83. Aunque, hasta cierto punto, sus consideraciones han de interpretarse recordando que esta norma estaba referida exclusivamente a los “miembros de los grupos subversivos” —y que su asimetría con aquéllas que beneficiaban a los agentes del Estado resultaba evidente—, la Comisión tan sólo afirmó en esta ocasión que:

“... otra de las restricciones a la amnistía es la contemplada en el Artículo 3 del Decreto ley 27-83, al consagrar que la ley no será aplicable a personas que se encuentren sujetas a proceso penal ante los tribunales correspondientes, ni aquellas contra quienes, en cualquier caso, se hubiere dictado sentencia condenatoria. En concepto de la Comisión, esta disposición contraría el espíritu de esta institución jurídica al limitar su gracia tan sólo a quienes cumplan con los condicionamientos señalados excluyéndose en todo caso a los vinculados a un proceso penal o a los condenados, con lo cual el Decreto Ley 27-83 tendrá los efectos de una amnistía sumamente restringida”¹³⁴⁹.

Este estado de cosas se vería progresivamente alterado, a pesar del soporte de algunas misiones de la ONU a algunas normas de amnistía¹³⁵⁰, por el propio desarrollo consignado en el apartado 1. a) del Capítulo VII; identificándose ya en 1985 un primer informe preliminar del Relator Joinet en el que aun con ciertas ambigüedades, se sugería la improcedencia de las leyes de amnistía cuando éstas estaban referidas, esencialmente, a crímenes contra la humanidad¹³⁵¹. Sería, no obstante, a finales de la década de 1980 cuando una decisión del Comité contra la Tortura, pese a declarar las comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*, manifestó:

“... con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida”, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y sólo dieciocho días antes de que esta Convención entrara en vigor. El comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura, igual que los treinta y nueve oficiales militares de rango superior a los que el presidente de la Argentina perdonó por decreto de 6 de octubre de 1989 (...). El comité insta al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna...”¹³⁵².

¹³⁴⁹ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47, 3 de octubre de 1983, Capítulo I, apdo. J, párr. 7.

¹³⁵⁰ Sobre este particular, STAHN, C.: “Las actividades de consolidación de la paz de las Naciones Unidas, amnistías y formas alternativas de justicia: ¿un cambio de práctica?”, en RICR, N°. 845, 2002.

¹³⁵¹ *Cfr.* SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights. Preliminary Report by Mr. Louis Joinet”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/ 1985/16, 21 de junio de 1985.

¹³⁵² *Vid.* COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988...”, *doc. cit.*, párr. 9.

Aunque unos días antes el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ya había recomendado que en ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará “inmunidad general” previa al procesamiento a las personas implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias¹³⁵³, sería el decenio de 1990 cuando en una tendencia claramente divergente a lo que los distintos tribunales internos fueron sosteniendo¹³⁵⁴, se daría un giro radical a la situación. La importancia de este desarrollo para el presente trabajo aconseja que se recojan las decisiones clave en este sentido, pues las mismas se constituirán en el fundamento esencial para el análisis jurídico que aquí se pretende.

En el ámbito universal, en 1992 el Com.DH en su Observación general No. 20 sobre el artículo 7 del PIDCP concluyó:

*“El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”*¹³⁵⁵.

Esta opinión general se vio progresivamente individualizada respecto a las medidas tomadas en las experiencias de muchos Estados¹³⁵⁶; alcanzado a un muy notable número de los países que aquí ocupan. Así, en relación con Argentina, el Comité señaló en 1995 que:

“El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las Fuerzas de Seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de

¹³⁵³ Cfr. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “Principios relativos a una eficaz...”, *doc. cit.*, principio 19.

¹³⁵⁴ Al margen de las decisiones ya citadas emitidas en los seis casos paradigmáticos escogidos, para una visión más amplia sobre este particular puede consultarse ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L.: “The Developing...”, *op. cit.*

¹³⁵⁵ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 20...”, *doc. cit.*, párr. 15.

¹³⁵⁶ Véanse, a modo de ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992, párr. 5; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993, párr. 7; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997, párr. 12; “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo: Congo”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000, párr. 12; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/71/HRV, 4 de abril de 2001, párr. 11

*los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos*¹³⁵⁷.

Respecto a leyes de amnistía peruanas 26479¹³⁵⁸, y la ley de interpretación de ésta, ley 26492¹³⁵⁹, este órgano declaró:

“Al Comité le preocupa profundamente (...) la amnistía otorgada mediante Decreto-ley 26.479, de 14 de junio de 1995 (...). Esta norma hace también prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos establezcan con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, viola el artículo 2 del Pacto. (...)

¹³⁵⁷ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr. 9.

¹³⁵⁸ Esta ley de amnistía, de 14 de junio de 1995, sigue el modelo de las ya referidas. En su articulado se dispone: “Artículo 1°.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados por ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley. Artículo 2°.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992. Artículo 3°.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro denunciado, procesado o condenado o los delitos de Infidencia, Ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte. Artículo 4°.- El Poder Judicial, Fuero Común, Fuero Privativo Militar y el Ejecutivo, procederán en el día, bajo responsabilidad, a anular los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran haberse registrado contra los amnistiados por esta Ley, así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarles. Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que estuvieran sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de la libertad, quedando subsistentes las medidas administrativas adoptadas. Artículo 5°.- Esta excluido de la presente ley el personal Militar, Policial o Civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, de Terrorismo y Traición a la Patria regulado por la Ley N° 25659. Artículo 6°.- Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.”

¹³⁵⁹ En un grotesco intento de evitar posibles problemas respecto a la legalidad (constitucional e internacional) de la ley 26479, el legislador peruano emitió dieciséis días después la ley 26492, en la que sin ningún sonrojo se dispuso: “Artículo 1°.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N° 26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 139° de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el Artículo 44° de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1 del Artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2°.- Precísase que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del Artículo 102° de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial. Artículo 3°.- Interpretese el Artículo 1° de la Ley N° 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el Artículo 6° de la Ley precitada.”

10. Además, el Comité expresa su profunda preocupación por la aprobación de los Decretos-ley 26.492 y 26.618, cuyo objeto es privar a las personas del derecho a impugnar en los tribunales la legalidad de la Ley de amnistía. En lo que respecta al artículo 1 de dicho decreto-ley, que declara que la Ley de amnistía no afecta las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, el Comité subraya que la legislación nacional no puede modificar las obligaciones internacionales contraídas por un Estado Parte en virtud del Pacto¹³⁶⁰.

Analizando el caso uruguayo, el Comité expresó:

“... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”¹³⁶¹.

En relación con la normativa chilena, el Com.DH dispuso:

“El Decreto Ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades previstos en el Pacto hayan sido violados”¹³⁶².

Finalmente, la amnistía salvadoreña fue valorada por este órgano denunciando:

“... su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas”¹³⁶³.

¹³⁶⁰ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párrafo 9.

¹³⁶¹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

¹³⁶² Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 7.

¹³⁶³ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 6.

En el estricto ámbito del derecho internacional penal, el TPIYUG también se ha manifestado sobre esta cuestión, señalando que:

*"It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would (...) not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus standi before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime..."*¹³⁶⁴.

Por su parte, el ya mencionado Tribunal Especial para Sierra Leona ha tenido que abordar este particular recientemente, y ello a pesar de que el artículo 10 de su Estatuto establece claramente la irrelevancia de cualquier medida de amnistía respecto a los crímenes bajo su competencia¹³⁶⁵. Con todo, en el caso *Prosecutor v. Allieu Kondewa*, la Sala de Apelaciones de este Tribunal, tras un cuidadoso repaso que se extendió por más de dieciséis páginas, concluyó:

*"There is no reason to display Article 10 of the Statute: it reflects customary international law which nullifies amnesties given to persons accused of bearing great responsibility for serious breaches of international law"*¹³⁶⁶.

En este orden de ideas, en relación con la régimen jurídico a aplicar por las Salas Especiales previstas para Camboya, se ha acordado que no se solicitará amnistía para ninguna persona contra la cual pueda hacerse una instrucción o dictarse sentencia condenatoria por los crímenes bajo competencia de estas Salas¹³⁶⁷.

En múltiples documentos de *soft law* se contiene, igualmente, una posición acorde con lo ya establecido; pudiendo destacarse entre todos ellos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y la Declaración y Programa de Acción de Viena. En el artículo 18.1 de la primera se establece:

¹³⁶⁴ *Vid. Caso Prosecutor v. Furundžija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 155.

¹³⁶⁵ **"Article 10. Amnesty:** *An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution.*" Sobre este particular, consúltese lo establecido en SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Report of the Secretary-General on the establishment...", *doc. cit.*, apto. III.B.1.

¹³⁶⁶ *Vid. Caso Prosecutor v. Allieu Kondewa, Decision on lack of jurisdiction / abuse of process: amnesty provided by the Lomé Accord, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E)*, 25 de mayo de 2004, párr. 57 (disponible en <http://www.sc-sl.org/Documents/SCSL-04-14-T-128-7363.pdf>).

¹³⁶⁷ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Proyecto de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno...", *doc. cit.*, artículo 11.1. El texto definitivo de este artículo es idéntico en el final *Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, de 6 de junio de 2003.

“Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”¹³⁶⁸.

Por su parte, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 formuló ya entonces el que puede considerarse como colorario de todo lo referido:

“Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”¹³⁶⁹.

Ahora bien, no cabe duda de que en todo este devenir fue la clave la actuación de los órganos del sistema regional interamericano. Así, la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de su sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez* fundamentó una serie de importantes decisiones que retroalimentaron toda la evolución recogida:

Para iniciar este repaso conviene recordar que a principios de 1990 la Com.IDH afirmó que la aprobación de la amnistía salvadoreña contenida en el Decreto N°. 805 no suponía más que la eliminación legal de la posibilidad de una investigación efectiva y del procesamiento de los responsables, así como de una adecuada compensación para las víctimas y sus familiares, derivada de la responsabilidad civil por el ilícito cometido; declarando en consecuencia que esta medida implicaba la violación al derecho al debido proceso y derecho a una debida protección judicial de la CIDH, así como evidentemente, de lo dispuesto en su artículo 1¹³⁷⁰.

Días después la Com.IDH presentó un tajante y pormenorizado análisis de las argentinas “leyes de punto final” y “obediencia debida”, y del Decreto 1002/89 de 1990:

“32. El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.

33. Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de la Leyes y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas. Uno de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctima a demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, en buena parte de los sistemas

¹³⁶⁸ Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, artículo 18.1.

¹³⁶⁹ Vid. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: “Declaración y Programa de Acción de Viena”, *doc. cit.*, párr. 60.

¹³⁷⁰ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 26/92...”, *doc. cit.*, Considerando 11, párrafos resolutorios 3 y 4. Consúltese, igualmente, el detallado examen de esta medida en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994, Parte II, apartado 4.

penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal.

34. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.

(...)

37. Las Leyes y el Decreto buscaron y, en efecto, impidieron el ejercicio del derecho de los peticionarios emanado del artículo 8.1 citado. Con la sanción y aplicación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a su obligación de garantizar los derechos a que se refiere el artículo 8.1, ha vulnerado esos derechos y violado la Convención.

(...)

39. Con la aprobación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a la obligación de garantizar los derechos consagrados en el artículo 25.1 y ha violado la Convención.

(...)

41. Con la sanción de las Leyes y Decreto, Argentina ha faltado al cumplimiento de su obligación que emana del artículo 1.1 y ha violado los derechos de los peticionarios que la Convención les acuerda”¹³⁷¹.

Trascurridos menos de seis meses, la Comisión abordó varios casos individuales en los que se denunciaban los efectos jurídicos de la Ley N°. 15848 del Uruguay. La decisión de fondo fue prácticamente idéntica a la relativa a la normativa argentina, resultando especialmente destacables algunas consideraciones previas a ésta:

“30. La cuestión en estos casos no es la de la legitimidad interna de la legislación y otras medidas adoptadas por el Gobierno para lograr los efectos que aquí se denuncian. La Comisión está obligada por inveterados principios de derecho internacional y, en particular, por disposiciones de la Convención, a llegar a una determinación acerca de si ciertos efectos constituyen una violación de las obligaciones contraídas por el Gobierno bajo la Convención (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

31. Con respecto a la legitimidad interna y la "aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular", cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana”¹³⁷².

El cambio de criterio respecto a lo alegado en 1986 es pues evidente. En el ejemplo más complejo disponible, la Comisión, acertadamente, sostiene con rotundidad que el hecho de que estas normas hayan sido aprobadas incluso en un referendo es completamente irrelevante a los efectos de su licitud internacional.

Así, aunque en diversas conversaciones con especialistas uruguayos me compartieron las enormes dificultades existentes para derogar una medida legislativa ratificada de tal forma, siguiendo lo expuesto por la Comisión no cabe más que concluir

¹³⁷¹ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 28/92, Argentina, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10309 y 10.311”, 2 de octubre de 1992, párrs. 32-34, 37, 39 y 41.

¹³⁷² *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375”, 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31.

que estos problemas corresponden a un índole ajeno al propio de las obligaciones internacionales existentes: las cuitas de la política interna.

Esta serie de decisiones, o si se prefiere, reveses para la legislación aquí consideraba llevaron a los Estados de Argentina y Uruguay a presentar una solicitud de opinión consultiva a la Corte IDH, en la que plantearon si la Com.IDH era competente para calificar leyes internas (violatorias de los artículos 23, 24 y 25 de la CIDH¹³⁷³) adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por las respectivas normas constitucionales. La esperable respuesta positiva de la Corte dio paso a una sucesión de decisiones en las que la Comisión, basando en los mismos argumentos ya expuestos, declaró como contrarios a la CIDH el Decreto chileno No. 2191, la Sentencia de la Corte Suprema que confirmó su constitucionalidad, las decisiones judiciales posteriores que aplicaron esta norma¹³⁷⁴, la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz de El Salvador¹³⁷⁵, y las leyes de amnistía peruanas 26479 y 26492¹³⁷⁶.

Era sólo cuestión de tiempo que alguno de todos estos casos llegase hasta la Corte IDH; posibilidad que se materializó a través de una serie de casos contra el Perú. Si en el caso *Castillo Páez* las referencias concretas fueron mínimas¹³⁷⁷, en el caso *Loayza Tamayo, Reparaciones* se dio un importante paso al sostener explícitamente:

“La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y

¹³⁷³ La propia Corte exterioriza su desconcierto ante la elección exclusiva de estos artículos, señalando que “no encuentra razón alguna ni la solicitud la trae para distinguir los derechos señalados (arts. 23 —derechos políticos—, 24 —igualdad ante la ley— y 25 —protección judicial—) de los restantes enumerados en la Convención. Esta no establece una jerarquía de los derechos protegidos por ella...” *Vid.* Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993 sobre *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 13, párr. 22.

¹³⁷⁴ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 36/96...”, *doc. cit.* Véanse, igualmente, “Informe N°. 34/96...”, *doc. cit.*

¹³⁷⁵ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 1/99...”, *doc. cit.*; “Informe N°. 37/00...”, *doc. cit.*

¹³⁷⁶ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N° 1/96”, *doc. cit.* Véanse, igualmente, “Informe N°. 38/97, Hugo Bustos Saavedra, Perú, caso 10.548”, 16 de octubre de 1997; “Informe N°. 42/97, Ángel Escobar Jurador, Perú, caso 10.521”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 43/97, Héctor Pérez Salazar, Perú, caso 10.562”, 19 de febrero de 1998; “Informe, Martín Javier Roca Casas, Perú, caso 11.233”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 41/97, Estiles Ruiz Dávila, Perú, caso 10.491”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 101/01, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, Perú, caso 10.247 y otros”, 11 de octubre de 2001.

¹³⁷⁷ Cfr. *Caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 34, párr. 90; *Caso Castillo Páez v. Perú, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 43, párrs. 103-107. Consúltase, igualmente, la más completa opinión del juez García Ramírez en su voto concurrente a esta última sentencia.

el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado"¹³⁷⁸.

No obstante, fue en el ya célebre caso *Barrios Altos*, en el que la Corte, por primera vez en un caso de allanamiento, además de admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional estableció sus consecuencias jurídicas en una confirmación categórica de todo el proceso referido:

"41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú"¹³⁷⁹.

En consecuencia, la Corte decidió por unanimidad:

"3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como

¹³⁷⁸ Vid. *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 42, párr. 168.

¹³⁷⁹ Vid. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, párrs. 41-44.

consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables¹³⁸⁰.

En resumen, tal y como recientemente subrayó la Corte IDH en el caso de la Masacre de Mapiripán:

“... ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos – como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”¹³⁸¹.

Pese a recelos como los de Lord Lloyd de Berwick en el caso Pinochet¹³⁸², todo lo expuesto permite aseverar como algo prácticamente apodíctico, que las leyes de amnistía –ya en su modalidad más desnuda, ya bajo otras formulaciones como las “leyes de caducidad”, “obediencia debida” o “punto final”- vulneran el conjunto de obligaciones internacionales expuestas en este trabajo; deducción evidente a la que, a la

¹³⁸⁰ Vid. *Ibid.*, párrafos decisorios 3-5.

¹³⁸¹ Vid. Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 134, párr. 304.

¹³⁸² En aquella ocasión expuso Lord Lloyd: “Further light is shed on state practice by the widespread adoption of amnesties for those who have committed crimes against humanity including torture. Chile was not the first in the field. There was an amnesty at the end of the Franco-Algerian War in 1962. In 1971 India and Bangladesh agreed not to pursue charges of genocide against Pakistan troops accused of killing about 1 million East Pakistanis. General amnesties have also become common in recent years, especially in South America, covering members of former regimes accused of torture and other atrocities. Some of these have had the blessing of the United Nations, as a means of restoring peace and democratic government. In some cases the validity of these amnesties has been questioned. For example, the Committee against Torture (the body established to implement the Torture Convention under article 17) reported on the Argentine amnesty in 1990. In 1996 the Inter-American Commission investigated and reported on the Chilean amnesty. It has not been argued that these amnesties are as such contrary to international law by reason of the failure to prosecute the individual perpetrators. Notwithstanding the wide terms of the Torture Convention and the Taking of Hostages Convention, state practice does not at present support an obligation to extradite or prosecute in all cases. Mr. David Lloyd Jones (to whom we are all much indebted for his help as amicus) put the matter as follows: “It is submitted that while there is some support for the view that generally applicable rules of state immunity should be displaced in cases concerning infringements of jus cogens, e.g. cases of torture, this does not yet constitute a rule of public international law. In particular it must be particularly doubtful whether there exists a rule of public international law requiring states not to accord immunity in such circumstances. Such a rule would be inconsistent with the practice of many states.” Vid. *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, de 25 de noviembre de 1998, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino07.htm>.

postre, le serán ajenas incluso las valoraciones sobre el régimen o momento en que se emitieron –esto es, lo relativo a la cuestión de las “autoamnistías”–, pese a los argumentos adicionales deslizados en este sentido por algunos órganos internacionales¹³⁸³.

De este modo, con excepciones como la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca de 27 de diciembre de 1996 –en virtud de lo dispuesto en su artículo 8–, de leyes como la de Reconciliación Nacional de El Salvador¹³⁸⁴ –a través de una interpretación correcta de su artículo 6–, o por citar otra posibilidad, de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado uruguayo en lo relativo a los responsables no militares o policiales (ni equiparados ni asimilados), no cabe más que concluir que las medidas de amnistía utilizadas por los Estados considerados para eximir la responsabilidad penal por los crímenes que aquí interesan resultan incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas por ellos mismos.

Así, aunque a finales de 2004 la Com.IDH parecía invocar la posibilidad de compatibilizar ciertas amnistías con las previsiones del ordenamiento jurídico internacional¹³⁸⁵, tal labor se presenta como extremadamente compleja, cuando no imposible, si de crímenes de derecho internacional o violaciones a los derechos humanos se trata. Esta conclusión permite, de otro lado, apuntar al menos lo estéril del debate acerca si terceros Estados han de respetar tales normas si inician procesos judiciales contra sujetos beneficiados por ellas, pues en última instancia, no se estaría más que valorando si deben o no atender a una medida legislativa internacionalmente ilícita¹³⁸⁶.

¹³⁸³ Quizá la valoración más extensa sobre este particular se encuentra en el “Informe N°. 36/96, Chile, caso 10.843” de la Com.IDH; reflexiones que se repetirán en las decisiones posteriores ya citadas. Véanse, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 36/96...”, *doc. cit.*, párrs. 26-31. Sobre este particular, consúltese igualmente el voto concurrente a esta decisión del Comisionado Luján Fappiano, en especial párrs 2-26; así como los votos concurrentes del juez Cançado Trindade en el caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, párrs. 5 y ss; y del juez García Ramírez en el caso *Castillo Páez v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 43, párr. 9.

¹³⁸⁴ No obstante, como ya se vio, a esta norma siguió la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz que concedió una amnistía general e incondicional sin discriminación alguna sobre los crímenes incluibles.

¹³⁸⁵ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre el proceso de...”, *doc. cit.*, párr. 25.

¹³⁸⁶ Tal y como han reafirmado los prestigios *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*: “1. *Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law as specified in Principle 2 (1).* 2. *The exercise of universal jurisdiction with respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2 (1) shall not be precluded by amnesties which are incompatible with the international legal obligations of the granting state.*” (Vid. MACEDO, S. (ed.): *Universal...*, *op. cit.*, págs. 22-23; o, en versión electrónica, http://www.law.uc.edu/morgan/newsdir/unive_jur.pdf, principio 7). En este orden de ideas, puede consultarse el Auto de prisión incondicional por los delitos de asesinato, desaparición forzosa y genocidio de Leopoldo Fortunato Galtieri, Juzgado Número cinco de la Audiencia Nacional de España, 25 de marzo de 1997, Razonamiento Jurídico Quinto. Sobre la cuestión general enfocada en lo aquí interesa, puede verse BOED, R.: “The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 33, núm. 2, 2000;

Ahora bien, pese a todo lo expuesto, y ante las enormes dificultades que los Estados en procesos de transición han de enfrentar, diversos autores han desplegado una serie de esfuerzos, más o menos afortunados, con la pretensión de adecuar las normas de amnistía con las exigencias impuestas por el derecho internacional. Estas propuestas van desde considerar la legitimación democrática como mecanismo esencial de validación de una amnistía¹³⁸⁷ -mientras, para una gran mayoría la adopción democrática de estas medidas tan sólo sería un requisito más que, a la postre, proscribiría las “autoamnistías militares”¹³⁸⁸-, aseverar que siempre que se mantenga algún tipo de responsabilización, aunque sea global, una amnistía no debe ser descartada¹³⁸⁹, establecer un conjunto de elementos como 1) que cumplan una finalidad reconciliatoria, 2) que se acompañe de otras medidas propias de la justicia

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: “Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, London Conference, 2000, en especial págs. 14-16 (disponible en <http://www.ila-hq.org/pdf/HumanRig.pdf>); NAQVI, Y.: “Amnesty for...”, *op. cit.*, págs. 589-591; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 379-384. Con una opinión sensiblemente diferente, CASSESE, A.: *International...*, *op. cit.*, págs. 315-316.

¹³⁸⁷ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta Rinesi; y es que para este autor, el propio concepto de impunidad ha de entenderse como el “*sometimiento de la voluntad colectiva o del sistema políticos a los mandatos de un actor social que nos impone sus propias prácticas por la fuerza.*” Vid. RINESI, E.: “La impunidad...”, *op. cit.*, pág. 36.

¹³⁸⁸ Además de la referencias ya realizadas, conviene destacar que en la doctrina, para autores como Cassel son diez las directrices que deben observar los gobiernos durante un proceso de transición si quieren decretar amnistías no violatorias obligaciones internacionales: “(1) *Democratic adoption: To be legally valid at all, amnesties must be adopted by democratic bodies, usually the legislature; self- amnesties by lawless regimes are not valid;* 2) *Investigations: Amnesties may not foreclose investigations of violations, sufficient to vindicate both society’s rights to know the truth and survivors’ right to know what happened to their relatives;* 3) *Naming names: Investigations must seek to identify those responsible and name names; otherwise they are insufficient;* 4) *Victim participation: Amnesties must preclude victims from initiating or participating in judicial criminal investigations, at least in states that have such procedures;* 5) *Compensation: Amnesties may not foreclose or in practical effect substantially limit the right of victims or survivors to obtain adequate compensation for violations;* 6) *Crimes against humanity: Amnesties must not apply to crimes against humanity, including forced disappearances;* 7) *Obstruction of justice: Amnesties should not apply to perjury and other obstructions of justice of officers of the court and litigants;* 8) *Treaty Crimes: In the States parties to the applicable Inter-American Conventions, amnesties may not be given for torture, for cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, or for violence against women;* 9) *State acknowledgment of responsibility: Amnesties should not be given without acknowledgment by the State of responsibility for past violations;* 10) *Prosecution and punishment: State must prosecute and effectively punish perpetrators of serious human rights violations; such perpetrators may not be amnestied.*” Vid. CASSEL, D.: “Lessons from Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996, págs. 228-229. En el mismo sentido, en lo relativo a las autoamnistías, AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, págs. 129-131; ROHT-ARRIAZA, N.: “Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Status Limitation, and Superior Orders”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity...*, *op. cit.*, págs. 56-59; SLYE, R. C.: “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, núm. 1, 2002, en especial págs. 245-247. Otros autores, sin embargo, ponen el énfasis más en que la medida de amnistía sea consecuencia de una negociación real y no la imposición unilateral de una de las partes –lo que la convertiría, para ellos, en una “autoamnistía”-. Véase, por ejemplo, CORCUERA CABEZUT, S.: “Las leyes de amnistía a...”, *op. cit.*, en especial pág. 117; SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “Study on Amnesty Laws and...”, *doc. cit.*, principio 8.

¹³⁸⁹ Cfr. GAVRON, J.: “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of International Criminal Court”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 1, 2002, págs. 116-117.

restaurativa¹³⁹⁰ -y aquí suele invocarse la ya referida experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica¹³⁹¹-, 3) que las decrete un gobierno democrático, y 4) que excluya a los máximos responsables de los crímenes¹³⁹²; o exclusivamente considerar que estas normas son válidas siempre que no beneficien a los sujetos con “mayor grado de culpabilidad”¹³⁹³, pasando por afirmar que estas medidas son admisibles cuando si son un instrumento para lograr la paz y/o la reconciliación nacional¹³⁹⁴, evaluar las amnistías exclusivamente a través de una serie de postulados propios de la justicia restaurativa que, de cumplirse, convertirían tales normas en lícitas¹³⁹⁵, o sostener que es a través de una Resolución del CS que una amnistía encontraría su acomodo internacional¹³⁹⁶; hasta llegar a proposiciones más ambiciosos que abogarían por la necesidad de establecer un conjunto de acuerdos internacionales entre los Estados inmersos en un proceso de transición y unos aparentemente inopinados “*legitimate representatives of the international community*”, modificar todo el derecho convencional existente, y aprobar un protocolo al Estatuto de la CPI, para, bajo diversos criterios no siempre coincidentes, incorporar una serie de excepciones que posibilitarían la emisión de amnistías cuando tales normas fuesen esenciales para lograr la paz o la reconciliación¹³⁹⁷.

De todas ellas, sin repetir lo ya sostenido, y manteniendo el análisis dentro de lo razonable, concebible, o esperable, entiendo que sólo ameritaría un comentario particular la propuesta de Naqvi, pues ciertamente desde la perspectiva del derecho internacional dispositivo podría plantearse si una Resolución del CS pudiera alterar la conclusión evidenciada por el abrumador repaso expuesto. Para examinar esta posibilidad podrían escogerse dos vías:

La primera, basada en la realidad de los hechos, obligaría a referirse, por ejemplo, al documento de la Secretaría General de la ONU “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflicto”, en el que se explicita la necesidad de asegurarse de que en los acuerdos de paz y las Resoluciones y los Mandatos del CS se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los “delitos internacionales” relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas¹³⁹⁸.

¹³⁹⁰ Esta es, por ejemplo, la condición última que imponen trabajos como los de STAHN, C.: “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 3, 2005, pág. 708-718.

¹³⁹¹ Además de los trabajos ya citados, sobre este particular, desde la perspectiva aquí adoptada, véase DUGARD, J.: “Dealing with Crimes of a Past Regime...”, *op. cit.*, págs. 1009 y ss.

¹³⁹² Cfr. NAQVI, Y.: “Amnesty for...”, *op. cit.*, págs. 616-624.

¹³⁹³ Esta posibilidad será examinada detalladamente en el apartado 2. c) de este Capítulo.

¹³⁹⁴ Cfr. WERLE, G. y OTROS: *Tratado de...*, *op. cit.*, pág. 136.

¹³⁹⁵ Cfr. LLEWELLYN, J.: “Just Amnesty and Private International...”, *op. cit.*

¹³⁹⁶ Cfr. NAQVI, Y.: “Amnesty for...”, *op. cit.*, págs. 591-594.

¹³⁹⁷ Cfr. O’SHEA, A.: *Amnesty for Crime in International...*, *op. cit.*, págs. 320-336.

¹³⁹⁸ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado...”, *doc. cit.*, párr. 64 c).

Aun con ello, podría establecerse una segunda vía de orden más teórico o académico, que para aprobar la propuesta de Naqvi debería comenzar por admitir, quizás invocando la polémica decisión de la CIJ en torno al *asunto Lockerbie*¹³⁹⁹, que el estatus jurídico de la Carta de la ONU –en virtud de su artículo 103– se extiende también a las Resoluciones del CS; aceptando a continuación que pese al contenido del artículo 24.2 de la misma Carta, el CS estaría capacitado para adoptar una Resolución en contra de, cuanto menos, un buen conjunto de normas convencionales –así como de decisiones de órganos internacionales judiciales o quasijudiciales–, aunque ello supusiera, a la vez, acceder en que con tal de cumplir su misión, el CS puede tener “*como rehen al derecho internacional*”¹⁴⁰⁰; pero en cualquier caso debiendo convenir en que para que tal posibilidad fuera viable debería fundamentarse en una situación tan excepcional –y recuérdese en este sentido como han de ser interpretadas éstas con relación a la norma general¹⁴⁰¹– que habilite la actuación del mismo CS, es decir, una situación que se caracterizase como de amenaza para la paz y seguridad internacionales. Sólo la conjunción de todas y cada una de estas condiciones permitiría admitir la propuesta de este autor.

Resulta evidente entonces que en escenarios como los que aquí ocupan, y con independencia de ulteriores exigencias discutibles, el requisito esencial para evaluar una medida de amnistía como internacionalmente lícita es que ésta excluya de su ámbito material los crímenes de derecho internacional¹⁴⁰² y las violaciones a los derechos humanos, tal y como se han definido¹⁴⁰³.

Así entonces, cabría interpretar –aun haciendo gala, quizá, de la mejor de las voluntades– la ausencia de respuestas estatales ante Declaraciones Interpretativas como las realizadas por Colombia al ratificar el Estatuto de la CPI:

“Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la

¹³⁹⁹ Véase la providencia sobre medidas provisionales en el asunto relativo a las *cuestiones de interpretación y de aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiríya Árabe Libia c. Reino Unido)*, I.C.J. Reports 1992, párrs. 35-42, en especial 39.

¹⁴⁰⁰ Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 954.

¹⁴⁰¹ Véase el ejemplo ya referido en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, párr. 186.

¹⁴⁰² Resulta relevante destacar que una experta como Teitel, muy proclive a aceptar las medidas de amnistías en un contexto de transición, excluye de su ámbito a lo que una forma difusa califica como “crímenes contra la humanidad”; posición, en todo caso, que se sustenta, debe subrayarse, no en argumentos jurídicos sino en consideraciones políticas, sociales y, en cierto modo, hasta morales. Cfr. TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, op. cit., págs. 60-66.

¹⁴⁰³ Es interesante mencionar que desde postulados distintos a los que aquí se defienden, a la misma conclusión llegan especialistas como DULITZKY, A.: “Las amnistías en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial referencia al sistema interamericano”, en VV.AA.: *Amnistía y Reconciliación Nacional: Encontrando el Camino de la Justicia*, Myrna Mack, Guatemala, 1996.

*Constitución Política y los Principios y Normas de Derecho Internacional aceptados por Colombia*¹⁴⁰⁴.

En definitiva, aunque Amstutz ha advertido que pese a su ilicitud internacional la decisión de emitir o conceder una amnistía dependerá básicamente de consideraciones propias de la política interna de cada Estado¹⁴⁰⁵, esta afirmación, de un realismo abrumador, bien podría convertirse en que, a la postre, la decisión dependerá de si los Estados durante sus procesos de transición optan por incumplir las obligaciones internacionales por ellos asumidas emitiendo normas de esta naturaleza. Y todo ello, de nuevo, con independencia de las consecuencias, reales que no jurídicas, que pueda tener tal comportamiento; pues como bien ha explicado Dugard en relación con las medidas de perdón diseñadas en una de las experiencias que suelen reputarse como modélicas, los Estados de la Comunidad Internacional, satisfechos y aliviados con el fin de *apartheid* y el nuevo gobierno democrático sudafricano, no estaban (muy) dispuestos a exigir a las autoridades de aquel país que cumplieren con sus obligaciones internacionales de perseguir a los responsables de los crímenes pasados, mas, concluye este autor, “*it does not mean that the conflict between international law and national decision is without importance*”¹⁴⁰⁶.

2. b) *Los indultos.*

En comparación con las amnistías, la utilización de indultos en los procesos aquí examinados ha sido prácticamente excepcional. Junto al caso argentino, en el ámbito de este trabajo puede señalarse la experiencia de Nicaragua, donde fueron utilizadas medidas de indulto en 1989 (Decretos Nos. 44, 62 y 63); sin embargo, el más importante de ellos, el Decreto No. 44, por el que excarceló a casi mil novecientos condenados, respondió a un supuesto distinto al que aquí ocupa, como fue las irregularidades de los procesos ante los Tribunales Especiales por los que fueron sentenciados¹⁴⁰⁷. No obstante, la propia configuración de las medidas de indulto en no pocas ocasiones se ha asimilado intencional y peligrosamente a las mismas amnistías, lo que hace precisa una primera distinción fundamental previa al análisis de la adecuación de los indultos con la normativa internacional aplicable.

Tal y como ya se ha apuntado, en una conceptualización teórica el indulto ha de definirse como una facultad otorgada a poderes no judiciales para extinguir la pena o disminuirla (indulto total o parcial) por razones de oportunidad fundamentadas, estrictamente, en motivaciones político-criminales. De este modo, por su propia

¹⁴⁰⁴ El texto puede consultarse en <http://www.iccnw.org/espanol/articulos6.htm>.

¹⁴⁰⁵ Cfr. AMSTUTZ, M. R.: *The Healing...*, *op. cit.*, pág. 23.

¹⁴⁰⁶ *Vid.* DUGARD, J.: “Retrospective Justice: International Law and South African Model”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, pág. 281.

¹⁴⁰⁷ Sobre este particular, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1988-1989”, OEA/Ser.L/V/II.76, doc.10, 18 de septiembre de 1989, Capítulo V.

naturaleza el indulto extingue exclusivamente la pena, no la condena judicial ni el resto de consecuencias derivadas de ella –siendo especialmente importantes, a los efectos de este trabajo, las medidas reparatorias dispuestas, así como aun en otro orden de ideas, la inhabilitación o separación de sus cargos sentenciada/s-.

Así considerado, el indulto merecería un estudio individualizado, pero conviene reiterar que la experiencia consignada demuestra que el recurso a esta figura ha excedido con mucho de la caracterización esbozada. La mayoría de los indultos argentinos confirman que en realidad lo que se decretó fue una serie de medidas que eximían la responsabilidad penal de sujetos acusados o en proceso judicial, aunque tal exclusión se realizase en virtud de un conjunto de decretos nominalmente denominados como “indultos”.

A este respecto, ya se apuntó que en este caso concreto la razón última que llevó a Menem a acudir a estas medidas, muy probablemente se encontraba en la falta de apoyos suficientes en el poder legislativo para aprobar una nueva amnistía sin un costoso desgaste político en y para su tramitación. Lo que no debe ocultar que desde una perspectiva más amplia, los indultos y las amnistías presentan una diferencia de consecuencias no menores en lo que se ha venido a conocer como sus “implicaciones simbólicas”¹⁴⁰⁸. En contextos como los que aquí interesan, la extinción de la responsabilidad penal a través de una medida de amnistía comporta, explícita o implícitamente, el reconocimiento de que los crímenes cometidos estaban, de algún modo, justificados –cuando no que simplemente no fueron realmente delictivos-, o cuanto menos, que no deberían considerarse ya como criminales en atención a otras consideraciones de mayor peso al momento de emitir la norma en cuestión; sin embargo, el indulto se configura como una medida de gracia que no elimina el carácter criminal de un hecho, sino que solamente elimina sus consecuencias penales. Dicho en corto, cuando se indulta se *perdona* la condena, no el hecho que le dio origen, que sigue considerándose como un crimen. Desde este punto de vista entonces, se hace evidente que dentro del discurso general de los represores sea la amnistía la medida que mejor se adecua a sus pretensiones, justificaciones o alegaciones (cara a la galería) de toda índole.

En todo caso, desde un enfoque meramente jurídico la consecuencia inmediata a extraer de esta suerte de indultos que no son más que amnistías encubiertas, no puede ser otra que extender aquí lo ya concluido en el apartado anterior, esto es, su completa oposición al régimen jurídico internacional identificado si incluyen crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos. De aquí, las decisiones del Com.DH y la Com.IDH ya referidas, y en perspectiva interna, sentencias en las que pese cierta confusión en su razonamiento jurídico, se ha concluido que:

“... los indultos dispuestos por los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 al igual que las Leyes 23.492 -de Punto Final- y la 23.521 -de Obediencia Debida- han constituido -más allá de vulnerar normativa interna- una violación a las obligaciones internacionales del Estado argentino, concretamente a sus obligaciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, procesar, sancionar a los

¹⁴⁰⁸ Cfr. AGUILAR, P.: *Memoria y olvido...*, op. cit., pág. 263.

responsables de tales actos y garantizar el derecho a un recurso efectivo a las víctimas de esos graves crímenes y sus familiares.

(...)

En definitiva, de conformidad al planteo formulado por los Sres. Fiscales, doctores Eduardo Freiler y Federico Delgado, cuanto por la querella que representa el doctor Ramón Torres Molina y demás querellas adberentes,

RESUELVO:

I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los **decretos de indulto** nros. **1002/89** y **2746/90** en todo cuanto fuera objeto de aplicación en la presente causa. (Artículos 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22 (ex-67 inc.19), 99 inc. 5 (ex-86 inc. 6), 109 (ex-art. 95), 116 (ex-100) y 118 (ex-102) todos ellos de la Constitución Nacional).-

II) PRIVAR DE EFECTOS en estas actuaciones a la totalidad de los **actos y resoluciones** dictados en consecuencia de los decretos nros. 1002/89 y 2746/90.-

III) RETROTRAER las situaciones procesales de **Juan Bautista SASIAÍN, José MONTES, Andrés FERRERO, Adolfo SIGWALD, Jorge Carlos OLIVERA ROVERE y Carlos Guillermo SUÁREZ MASON** a aquellas en que se encontraban al tiempo del dictado de dichos decretos, debiendo ordenarse en los principales las **DETENCIONES** a que hubiere lugar.¹⁴⁰⁹

Descartados este tipo de indultos, resulta ahora preciso referirse a aquéllos que se mantienen dentro de la caracterización conceptual realizada, pudiendo escogerse en este sentido, y aun parcialmente¹⁴¹⁰, el Decreto 2741/90 argentino, por el se indultaron a los miembros de las Juntas Militares condenados, pero también, como figura en su Anexo, a sujetos con causas judiciales abiertas. A este respecto, un experto de la talla de Ambos ha sostenido, incluso bajo la máxima de que cuanto más temprano intervenga el indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites del derecho internacional vigentes para la amnistía, que aun aquellos indultos que se aplican al momento de la ejecución de la pena violan las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional relativas al castigo con penas adecuadas de los crímenes que aquí ocupan¹⁴¹¹.

Como ya se puso de manifiesto en los apartados 2.a. 1) del Capítulo IV, y 3. c) del Capítulo VI, ciertamente existe una obligación internacional de castigar estos crímenes con penas proporcionales a su gravedad, pero, a mi entender, no hay una certeza similar respecto a si esas condenas han de cumplirse efectivamente. En su imprescindible artículo, Orentlicher sostiene que siempre y cuando 1) no se abuse de estos indultos, y 2) no respondan a presiones o exigencias del estamento militar, estas

¹⁴⁰⁹ *Vid.* Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa 8686/00, sentencia de 16 de diciembre de 2004, VII) Conclusiones finales, párr. 4, y párrafos resolutorios I-III.

¹⁴¹⁰ En otras experiencias geográficas sí es posible encontrar ejemplos completos de este tipo de medidas, como en el caso griego: Tal y como anunciara el mismo Karamanlis el 23 de agosto de 1975, inicialmente se conmutaron las sentencias a pena de muerte dictadas contra Papadopoulos, Pattaños y Makarezos, siendo indultado en 1977 otro de los máximos responsables del golpe de Estado de 1967, Stamatelopoulos. Para más datos, véase la tabla contenida en el trabajo de ALIVIZATOS, N. C. y NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P.: "Politics and the Judiciary in the Greek...", *op. cit.*, págs. 50-51.

¹⁴¹¹ Cfr. AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, págs. 141-142.

medidas podrían ser utilizadas en casos extremos como los objeto de este trabajo¹⁴¹². No obstante, con independencia de estas consideraciones que después retomaré, la cuestión a los efectos de este estudio ha de afrontarse desde una (primera) base jurídica.

En esta labor, como punto de partida posiblemente habrían de atenderse a las consideraciones ya realizadas sobre las obligaciones de comportamiento, así como a algunas reflexiones sobre los fines de la pena en el sector del derecho internacional aquí analizado. A este respecto, puede también acudir a la jurisprudencia del TPIYUG en la que junto a la mención de la finalidad rehabilitadora de la pena, se estipula:

*“The Trial Chamber is of the view that, in general, retribution and deterrence are the main purposes to be considered when imposing sentences in cases before the International Tribunal. As regards the former, despite the primitive ring that is sometimes associated with retribution, punishment for having violated international humanitarian law is, in light of the serious nature of the crimes committed, a relevant and important consideration. As to the latter, the purpose is to deter the specific accused as well as others, which means not only the citizens of Bosnia and Herzegovina but persons worldwide from committing crimes in similar circumstances against international humanitarian law. The Trial Chamber is further of the view that another relevant sentencing purpose is to show the people of not only the former Yugoslavia, but of the world in general, that there is no impunity for these types of crimes. This should be done in order to strengthen the resolve of all involved not to allow crimes against international humanitarian law to be committed as well as to create trust in and respect for the developing system of international criminal justice”*¹⁴¹³.

Esta idea había sido ya subrayada por Meron, afirmando que lo importante no es cuántos casos pueden ser atendidos por estos tribunales internacionales, sino el mensaje disuasorio que comportan estas instancias y los procesos y condenas que emiten¹⁴¹⁴, pero no termina de presentar una respuesta concluyente al interrogante planteado, que adicionalmente se complica aun más si se atiende a un documento como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, cuyo artículo 18 claramente distingue entre las medidas de amnistía y los indultos. Respecto a las primeras se declara que los responsables de estos crímenes no podrán beneficiarse en ningún caso de ellas; pero sobre los indultos, tan sólo se dispone la necesidad de tener en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada cuando se pretendan indultar a un reo.

Por su parte, el artículo 28 del Estatuto del TPIYUG y el 27 del TPIRW tampoco proscriben la posibilidad de indultar a los declarados culpables de alguno de los crímenes bajo su competencia, exigiendo solamente que la conmutación de pena o el indulto sean también aprobados por el Presidente del Tribunal Internacional en cuestión, de acuerdo con los demás jueces. Completando estas previsiones, las Reglas 125 y 126 de las Reglas de Procedimiento del TPIYUG y TPIRW, respectivamente, disponen textualmente que:

¹⁴¹² Un completo extracto de su artículo, publicado en *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8., 1991, puede encontrarse en ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.* Para esta referencia, véanse págs. 410-412.

¹⁴¹³ *Vid. Caso Prosecutor v. Kupreskic et al.*, sentencia de 14 de enero de 2000, n°. IT-95-16, en <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 848.

¹⁴¹⁴ Cfr. MERON, T.: “International Criminalization...”, *op. cit.*, pág. 555.

"In determining whether pardon or commutation is appropriate, the President shall take into account, inter alia, the gravity of the crime or crimes for which the prisoner was convicted, the treatment of similarly-situated prisoners, the prisoner's demonstration of rehabilitation, as well as any substantial cooperation of the prisoner with the Prosecutor."

De este modo, aunque siguiendo algo tangencialmente apuntado por la CDI, y por parte de la doctrina, podría afirmarse que ante comportamientos de la gravedad de los crímenes de derecho internacional todo indulto atentaría con las obligaciones ya identificadas¹⁴¹⁵, las escasas menciones existentes en el ordenamiento jurídico internacional¹⁴¹⁶ parecen posibilitar una respuesta distinta.

Quizá pudiera estimarse una excepción a esta tendencia lo expresado por el Representante Especial del Secretario General de la ONU, Francis Okelo, en relación con el Acuerdo de Paz entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario de 7 de julio de 1999. Como antecedente, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 9 de este Acuerdo, en el que se estableció:

"ARTICLE IX. PARDON AND AMNESTY.

1. In order to bring lasting peace to Sierra Leone, the Government of Sierra Leone shall take appropriate legal steps to grant Corporal Foday Sankoh absolute and free pardon. 2. After the signing of the present Agreement, the Government of Sierra Leone shall also grant absolute and free pardon and reprieve to all combatants and collaborators in respect of anything done by them in pursuit of their objectives, up to the time of the signing of the present Agreement.

3. To consolidate the peace and promote the cause of national reconciliation, the Government of Sierra Leone shall ensure that no official or judicial action is taken against any member of the RUF/SL, ex-AFRC, ex-SLA or CDF in respect of anything done by them in pursuit of their objectives as members of those organisations, since March 1991, up to the time of the signing of the present Agreement. In addition, legislative and other measures necessary to guarantee immunity to former combatants, exiles and other persons, currently outside the country for reasons related to the armed conflict shall be adopted ensuring the full exercise of their civil and political rights, with a view to their reintegration within a framework of full legality."

¹⁴¹⁵ En su comentario al artículo 9 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, la CDI se expresa de la siguiente forma: *"The element of prosecutorial discretion under which an alleged offender may be granted immunity from prosecution in exchange for giving evidence or assisting with the prosecution of another individual whose criminal conduct is considered to be more serious, which is recognized in some legal systems, is precluded with respect to the crimes covered by the Code. Crimes under international law constitute the most serious crimes that are of concern to the international community as a whole. This is particularly true with respect to the crimes against the peace and security of mankind covered by the Code. It would be contrary to the interests of the international community as a whole to permit a State to confer immunity on an individual who was responsible for a crime under international law such as genocide".* Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 4 al artículo 9 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad. En la doctrina, autores como Sancinetti y Ferrante han alegado, en un argumento extensivo, que: *"desde el punto de vista del derecho internacional, la inamnistabilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad carecería de todo sentido si sólo estuviera proscrito bloquear procesos judiciales, impedir el esclarecimiento de los hechos, pero no dejar sin sanción al responsable, una vez condenado."* Vid. SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal...*, op. cit., pág. 351.

¹⁴¹⁶ Recuérdese, de nuevo, lo ya explicado respecto a la naturaleza y contenido del artículo 2.5 de la Ley n°. 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, si bien, esta disposición se refería a los indultos concedidos por el régimen Nazi, no pro futuro.

Aunque esta disposición más bien condensa todos los perfiles de un nuevo ejemplo de ley de amnistía, en la misma se pretende incluir al menos conceptualmente, tanto la figura de la amnistía como la del indulto; distinción que es recogida por el mismo Representante Especial Okelo al momento de advertir que la ONU interpretaba que tanto la amnistía como el indulto previstos en el artículo 9 no serán de aplicación a crímenes como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra u otras infracciones graves del DIH¹⁴¹⁷. Así, pareciera idéntica la valoración jurídica que se hace de una medida de amnistía o de un indulto cuando son referidos a responsables de crímenes como los que aquí ocupan, pero si se lee el inmediato Informe del Secretario General, la conclusión variará sensiblemente. En este documento, se aclaraba al CS que para llegar al Acuerdo de Paz de Lomé tuvieron que hacerse una serie de concesiones difícilmente conciliables con la cultura de fin de la impunidad que inspiró la creación del TPIYUG y el TPIRW, y en particular se citaban las medidas de amnistía, que no de indulto, del artículo 9; previsión que, de otro lado, justificaría la inclusión de una reserva en la firma del Representante Especial que explícitamente declaraba que la amnistía no podría cubrir una serie de comportamientos calificables como crímenes de derecho internacional¹⁴¹⁸.

En definitiva, de lo derivado del artículo 9 del Acuerdo de Paz entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario no puede sacarse otra consecuencia que el reforzamiento de lo ya concluido en el apartado anterior.

Otro texto al que convendría atender es el ya mencionado Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. La lectura de su artículo 11.1 plantea la misma equiparación aparente entre el indulto y la amnistía, aunque ambas figuras, en realidad, se dirigen a las personas contra *“las que pueda hacerse una instrucción o dictarse sentencia condenatoria”*; es decir, sospechosos, imputados, o acusados aún no condenados, que es tanto como decir personas que no pueden beneficiarse de un auténtico indulto. De aquí que el apartado 2 del mismo artículo 11 disponga un régimen especial para el único caso en el que se indultó a una persona condenada (por genocidio) en 1979; régimen que, ha de destacarse, no se concreta en la invalidación de ese indulto, o en la declaración de su inconformidad con el derecho internacional, sino en una remisión específica a las Salas Especiales para su estudio.

En consecuencia, tratando de resumir todo lo expuesto parece posible concluir que en situaciones, o bajo circunstancias, excepcionales, indultar la “adecuada condena penal” impuesta por la comisión de crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos no supondría una vulneración directa e inmediata del ordenamiento jurídico internacional.

¹⁴¹⁷ Cfr. Documento de las Naciones Unidas: S/1999/777.

¹⁴¹⁸ Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Seventh Report of the Secretary-General on the United Nations Observer Mission in Sierra Leone”, Documento de las Naciones Unidas: S/1999/836, 30 de julio de 1999, párr. 54.

Trasladando ahora esta solución propuesta a las experiencias que se analizan en este trabajo, bien puede sostener que los procesos de transición examinados condensan una serie de particularidades tales que resultaría injustificable no caracterizarlos como “situaciones excepcionales”, a las que serían de aplicación las medidas de indulto siempre, y en todo caso, bajo las consideraciones realizadas. Por ello, y especialmente ante los retos cuantitativos que estos Estados deben enfrentar en la realidad en la que se hayan inmersos, entiendo justificada una interpretación como ésta que, además, permite suscribir una de las Recomendaciones aportadas por la Comisión de la Verdad de El Salvador -de la que cabe destacar que fue miembro un internacionalista de la máxima altura, Buergethal-; afirmación, no ha de olvidarse, muy relacionada con las posibilidades reales del mismo sistema de justicia de aquel país: “... *no siendo posible garantizar un proceso regular, en condiciones de igualdad, de todos los responsables, es injusto mantener en prisión a algunos de ellos mientras otros –coautores y autores intelectuales- permanecen en libertad. La Comisión no es apta para obviar esta situación, que sólo puede ser resuelta a través de un indulto, expresión del perdón después de realizada la justicia*”¹⁴¹⁹.

Admitiendo la licitud de esta alternativa entonces, se abría paso a una primera posibilidad para adecuar el régimen jurídico internacional aplicable a la sanción de los crímenes pasados en experiencias en las que deberían ser encarcelados cientos o miles de personas; en unos sistemas penitenciarios, de otro lado, y como ya se señaló, absolutamente desbordados y sin visos de ser dotados de mayores medios en un futuro previsible

Ahora bien, conviene matizar que esta solución propuesta no debe entenderse como aplicable de forma automática, masiva y/o generalizada. Aun desde los parámetros jurídicos expuestos debe subrayarse que abogar por la licitud internacional de estas medidas puede llevar a un escenario en que el objeto y fin de todas las normas citadas salte por los aires. El conocimiento previo de esta posibilidad de ser indultado podría, bien estimular la comisión de crímenes de derecho internacional y violaciones a los derechos humanos, pues sus responsables sabrían que no serán encarcelados por ello, bien incluso incrementar su número o la intensidad de las presiones a ejercer durante los procesos de transición con vistas a lograr una “situación excepcional” análoga a las referidas en este trabajo. Así, la defensa de esta posibilidad de indulto/s debe incorporar, inexorablemente, la concurrencia de requisitos adicionales como la colaboración con la justicia y el arrepentimiento público; respondiendo, en definitiva, a las exigencias sistémicas del ordenamiento jurídico internacional aquí considerado.

En este orden de ideas, puede servir de referencia lo expresado por el Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), en el que se realiza una distinción de base atendiendo al momento procesal de la colaboración con la justicia. Aceptando que como se ha tratado de justificar, el indulto sólo puede ser operativo una vez dictada condena firme contra el responsable, la proposición de Joinet en este documento podría interpretarse

¹⁴¹⁹ *Vid.* COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: *De la Locura a la Esperanza...*, *op. cit.*, Recomendaciones, Medidas Tendentes a la Reconciliación Nacional, párr. 6.

sosteniendo que si la colaboración, y arrepentimiento público, se realizan con posterioridad al período de persecución, con la intención de beneficiarse de una medida de indulto, quizá fuera más conveniente conceder una reducción de condena, pues será si esta colaboración y arrepentimiento se realizan durante el período de las persecuciones cuando la posibilidad de indulto adquiriría un valor añadido, en razón de la utilidad y de los riesgos corridos por el interesado¹⁴²⁰.

En conclusión, respecto a los indultos puede sostenerse que no habiendo una expresa prohibición identificable en el derecho internacional, en la búsqueda de una interpretación que adecue la aplicación del régimen jurídico internacional existente a los desafíos a afrontar en los procesos de transición analizados, la utilización de indultos, aun cuando de comisión de crímenes de derecho internacional se trate, no puede ser descalificada; siempre que, subráyese de nuevo, concurren una serie de requisitos adicionales como la colaboración con la justicia y el arrepentimiento público del condenado, en los términos referidos. Y es que, como sostuvieran Havel y Michnik: *‘Es importante encontrar el balance justo, el enfoque correcto, que sea humano y civilizado, pero que trate de escapar del pasado. Tenemos que tratar de enfrentar nuestro propio pasado, ponerle nombre, extraer conclusiones de él, y sentar en el banquillo a los acusados; sin embargo, tenemos que hacerlo honestamente y con cautela, generosidad e imaginación. Debe haber un espacio para el perdón siempre que haya confesión de culpa y arrepentimiento’*¹⁴²¹.

2. c) Los enjuiciamientos selectivos.

Como en el apartado anterior conviene hacer aquí una distinción de inicio entre aquellas situaciones en las que, de hecho, sólo un determinado número o grupo de sujetos son enjuiciados y aquéllas en las que, directamente, se establece una política oficial que busca establecer la selección de casos que han de ser investigados, juzgados y sancionados. Si para la primera posibilidad referida serían de aplicación las conclusiones ya expuestas en los epígrafes anteriores, la segunda amerita un examen particular y una respuesta propia.

En la caracterización de este tipo de medidas o políticas, experiencias como la argentina o la boliviana -país en el que en febrero de 1986 se decidió presentar una acusación solamente contra el antiguo dictador, General García Meza, y cincuenta y cinco de sus estrechos colaboradores por los crímenes cometidos en el pasado (1980- agosto de 1981), que acabaría con cuarenta y ocho condenados en 1993¹⁴²²- son

¹⁴²⁰ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: “La administración de la justicia y...”, *doc. cit.*, principio 30.

¹⁴²¹ *Vid.* MICHNIK, A. y HAVEL, V.: “La extraña época del postcomunismo”, en VV.AA.: *Ensayos...*, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁴²² Para más datos, ALBARRACÍN, W.: “La impunidad en Bolivia. Los regímenes democráticos en Latinoamérica y la impunidad”, en Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, Chile, 13-16 de diciembre 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>; ELSTER, J:

ejemplos arquetípicos en el ámbito geográfico de este trabajo; si bien, al margen de éste, pueden también identificarse otra serie de países que han optado por estas iniciativas o “soluciones”. Así, en Etiopía, ante el elevado número de responsables de los crímenes cometidos durante el régimen de Mengistu Haile-Mariam y el Dergue (1974-1991), y los escasos medios disponibles, el gobierno clasificó a los posibles responsables en tres clases que, de ser posible, serían juzgados sucesivamente: 1º) Aquéllos que tomaron las decisiones políticas, altos mandos militares y altos funcionarios; 2º) otros oficiales militares y mandos civiles; 3º) aquéllos que materialmente cometieron los crímenes. Por su parte, en Rumania, tras el juicio y ejecución de Nicolae y Elena Ceaușesco en diciembre de 1989, las acciones judiciales por los crímenes pasados fueron prácticamente inexistentes. Finalmente, por citar un ejemplo “compuesto”, ha de recordarse que en Grecia, sobre la base del Acta Constitucional de 3 de octubre de 1974, el gobierno de Karamanlis excluyó explícitamente de la amnistía de 26 de julio de 1974, contenida en el conocido como Decreto 519, a aquellos sujetos principalmente responsables del golpe de Estado que inició el régimen militar de 1967. De este modo, tan sólo fue juzgado y condenado un número muy reducido de personas, aunque cualitativamente muy relevantes; junto a ello, en los conocidos como “*torture trials*”, si bien en un inicio se presentaron denuncias contra más de mil responsables, el gobierno griego terminó por establecer un límite legal de seis meses para las causas en las que había implicados de algo rango militar, y de tres para las demás, reduciendo ostensiblemente el número de casos que finalmente llegaron ante los tribunales.

En la doctrina, reflexionando en torno a las normas de amnistía, ya se ha indicado que algunos autores han abogado por esta suerte de selección de los máximos responsables de los crímenes pasados; defensa que en trabajos como los de Brown, se transforma en una propuesta para solucionar los retos que han de afrontar los Estados que atraviesan las situaciones objeto de este trabajo. Así, para este último autor, en el caso de Argentina “*the Alfonsín administration had good reason to grant amnesty to the military; the risk of another coup was great (...). By granting discretionary powers to prosecutors, the current legislature can slightly ease the worries of many former officials*”¹⁴²³.

Ahora bien, ¿por qué son merecedores de castigo los que desde su escritorio ordenaron la comisión de los más atroces crímenes de derecho internacional y no aquéllos que los cometieron mirando a la víctima a los ojos y con las manos desnudas? ¿Son más peligrosas las decenas de personas que estaban en la cúspide del poder en el régimen anterior o los cientos o, quizá miles, de sujetos –la mayoría de ellos miembros activos del aparato del Estado– que personalmente ejecutaron esos crímenes? Y en todo caso, con independencia de las valoraciones fácticas, ¿resulta internacionalmente admisible un modelo de persecución que se centre en unos pocos responsables y omita esa misma sanción respecto a todos los demás?

Closing the... , op. cit., págs. 63-64; y, especialmente, MAYORGA, R. A.: “Democracy Dignified and End to Impunity: Bolivia’s Military Dictatorship on Trial”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice... , op. cit.*

¹⁴²³ *Vid.* BROWN, A. S.: “Adiós Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentina”, en *Texas International Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2002, pág. 205.

Al calor de este debate se han esgrimido posiciones extremas, que aunque aparentemente encubiertas bajos los ropajes de la más alta defensa de la igualdad de todos los seres humanos, en realidad no hacen más que abogar por la impunidad más absoluta. A tal efecto, se ha argumentado que resultando imposible juzgar a todos los responsables de los crímenes pasados, lo más justo es establecer que no se enjuiciará a ninguno ni se compensará a ninguna víctima, pues bien se castiga a todos y se repara a todas, o bien no se castiga ni compensa a nadie¹⁴²⁴. Desde una perspectiva más razonable, se ha alegado que un programa de “justicia selectiva” o “ejemplar”, bajo criterios adecuados en función de la culpabilidad, puede conllevar un efecto disuasorio tal que permita alcanzar la justificación última del deber de perseguir y sancionar¹⁴²⁵; lo que puede ser respondido, de un lado, siguiendo la argumentación de Campbell sobre la práctica de los tribunales internacionales penales, sosteniendo que si se apoya un sistema en el que el número de procesos ha de ser relativamente pequeño, los responsables de los crímenes sabrán que sus posibilidades de ser enjuiciados serán mínimas, y en consecuencia, el efecto disuasorio adquirirá igual valor¹⁴²⁶, y de otro, recordando que si bien la disuasión puede ser mayor si se enjuicia a responsables gubernamentales o personas que gozan de la confianza pública, la naturaleza de los crímenes propios del derecho internacional penal y el DIDH conlleva la necesidad de perseguir -y disuadir- a todo aquél que los cometa.

Desde otro enfoque, lo anterior también puede ser contrarrestado a través de lo que a subrayada la propia fiscal Del Ponte, esto es, que juzgar y condenar sólo a los criminales de mayor rango en estas situaciones no satisface la necesidad de justicia debida a la víctimas¹⁴²⁷.

Con todo, otros autores han intentado construir argumentos más completos sobre este particular que se desarrollan, en líneas generales, del siguiente modo que ejemplifica el trabajo de Robinson: Las sociedades inmersas en procesos de transición deben hacer frente a una situación tan extraordinaria que la persecución de todos los responsables no es posible ni deseable. Desde este lugar común, se da un paso más, que afortunadamente no se concreta en la defensa de la ausencia de todo castigo, sino en la pertinencia de establecer una distinción entre aquéllos que fueron “más responsables”

¹⁴²⁴ Cfr. ELSTER, J.: “On Doing What One Can: An Argument Against Post-Communist Restitution and Retribution”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*, vol. I.

¹⁴²⁵ Cfr. ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, págs. 403-410, en especial págs. 407-410.

¹⁴²⁶ Cfr. CAMPBELL, C.: “Peace and the laws of war: The role of international humanitarian law in the post-conflict environment”, en *RICR*, N.º. 839, 2000, Trial and deterrence. Otros autores, como Fletcher y Weinstein directamente niegan la mayor, afirmando: “*The principal limitation of this perspective is that there are no empirical data to suggest that trials deter war crimes or gross human rights violations. In addition, the focus on punishment of perpetrators may have the inadvertent consequence of transforming these wrongdoers into scapegoats or victims in order to perpetuate the political mythology of a particular social group. This may exert an untoward effect that undercuts the advantages of punishing perpetrators.*” *Vid.* FLETCHER, L. E., y WEINSTEIN, H. M.: “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, en *HRQ*, vol. 24, núm. 3, 2002, pág. 502. Sobre este tema, desde una perspectiva distinta es interesante, LEKHA SRIRAM, C.: “Revolutions in Accountability: New Approaches To Past Abuses”, en *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 2, 2003, en especial apartado II.1.B.

¹⁴²⁷ Cfr. DEL PONTE, C.: “Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004, págs. 519.

de los crímenes cometidos y aquéllos que lo fueron “en menor medida”. Para justificar esta discriminación se acude a tres órdenes: lo práctico, lo moral, y lo legal. Aunque ciertamente se presentan argumentaciones interesantes en relación con los dos primeros puntos o aspectos, en lo que aquí ocupa, cuando se llega a sus aportaciones en el campo “legal”, lo único que señala este autor es que “*the duty to bring perpetrators to justice in transitional situations arguably only extends only to persons most responsible*”¹⁴²⁸; por qué puede sostenerse tal cosa, o sobre qué base, no resulta aclarado, más allá de una cita de autoridad al, por lo demás, excelente trabajo de Orentlicher, que se manifiesta de forma idéntica en su contenido y proceso.

En realidad, no parece tarea sencilla dotar de contenido a esta afirmación de orden jurídico, aunque algunos otros trabajos han hecho esfuerzos en este sentido. A este respecto, es claramente advertible la invocación de algunas disposiciones de los tribunales penales internacionales —en lo más reciente, la mención a los “intereses de la justicia” del artículo 53.1.c.) del Estatuto de la CPI¹⁴²⁹—, o de tribunales híbridos para

¹⁴²⁸ *Vid.* ROBINSON, D.: “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *EJIL*, vol. 14, n.º. 2, 2003, pág. 494.

¹⁴²⁹ A tenor de este artículo el fiscal de la CPI, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que existan razones sustanciales para creer que aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. Está por verse cuál es el uso e interpretación que se darán a esos “intereses de la justicia” en la práctica de la CPI; mas puede advertirse que ya en los informes solicitados al respecto a la Oficina de la Fiscalía de la CPI, expertos como McDonald y Haveman han denunciado que: “*Subparagraph (c) is characterised by its vagueness. Notwithstanding the fact that the information available indicates that there is a reasonable basis to believe that an ICC crime has been committed, and the case would be admissible under Article 17, and regardless of the gravity of the crime and the interests of victims, the prosecutor may decide not to proceed to an investigation where he considers that it ‘would not serve the interests of justice’.* The question is, what is meant by justice here, what serves the interest of justice. And for whom is justice served? The victims? The state affected? International lawyers? The world? It could well be decided in a particular case that justice is served not by prosecuting before the ICC or even by stimulating prosecution in a particular case but by the encouragement of alternative disputes mechanisms. Notwithstanding the fact that there is information indicating that an ICC crime has been committed and it is clear that the case is, in principle, admissible, what might be the criteria guiding the prosecutor in deciding to investigate a case? The guiding principle here, according to the Statute, is what serves the interests of justice. Determining what serves the interest of justice (and whose interest is ultimately to be served by this determination) is an extraordinarily difficult if not impossible task. From which and whose perspective is this determination to be made? What serves the interest of the wider society—issues of peace and security, for instance—may not serve the interests of victims, yet both are factors to be weighed in considering whether justice is being served. What is meant by justice here? Justice in the narrow sense of criminal justice, or justice in the broader, restorative, sense? Justice in terms of the rights of the accused? Justice in terms of the right of individuals the world over to live in peace and safe from international crimes? Given that one role of the Court is to act as a deterrent, the choices that the Prosecutor makes (for example, prosecuting only a few ‘examples’), could impact its success in terms of deterrence. (...). The third factor mentioned in subparagraph (c), far from assisting the Prosecutor in the decision to proceed with an investigation, is a factor to weigh in the decision not to launch an investigation, notwithstanding the existing of other factors favouring an investigation. Yet it is subparagraph (c) that will probably be relied upon most by the Prosecutor in deciding to investigate or not, given that it is the provision that allows him most scope for discretion. At least this paragraph is the least transparent of the three, giving no direction whatsoever, as the first two paragraphs do.” *Vid.* MCDONALD, A. y ROELOF, H.: “Prosecutorial Discretion – Some Thoughts on ‘Objectifying’ the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC”, Expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor, 15 de abril de 2003, págs. 5-6 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/mcdonald_haveman.pdf). Sobre esta cuestión, véanse igualmente BRUBACHER, M. R.: “Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004; CÔTÉ, L.: “Reflections on the...”, *op. cit.*, en especial págs. 177-179; MARSTON DANNER, A.: “Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at

apoyar los enjuiciamientos selectivos; tendencia que aun en otro orden de ideas, también utiliza el mismo Robinson¹⁴³⁰.

Sin embargo, desde el comienzo estas posiciones, erróneamente a mi entender como ya sostuve, equiparan lo contenido en los respectivos Estatutos de los tribunales internacionales, o “internacionalizados”, de referencia, así como los pretendidos objetivos últimos de estos mecanismos¹⁴³¹, con una especie de norma general. Aunque esta línea argumental también obvia que estos esfuerzos no han eliminado, como se ha visto, el accionar de los distintos tribunales internos, parece pertinente volver a prevenir en este punto contra toda confusión entre la dimensión normativa de la responsabilidad internacional del individuo y los mecanismos jurisdiccionales que puedan establecerse para materializarla. El hecho innegable de que muchos de los tribunales creados restrinjan su competencia personal a los máximos responsables de los crímenes de derecho internacional, en realidad encuentra su justificación básicamente en que por razones materiales y/o temporales, esas instituciones no pueden hacer frente a cientos o miles de causas¹⁴³², y por motivos de cariz más político, porque se ha considerado que en determinadas circunstancias resulta tanto más viable como adecuado que esos sujetos sean juzgados ante tribunales de esa naturaleza¹⁴³³; es decir, no responde a una suerte obligación internacional en este sentido, sino a las cuitas, naturaleza y hasta esencia si se quiere, de estas instituciones.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativo reproducir parte de la Resolución 1534/2004 del CS, en la que el Consejo declara:

“... the importance of fully implementing the Completion Strategies, as set out in paragraph 7 of resolution 1503 (2003), that calls on the ICTY and ICTR to take all possible measures to complete investigations by the end of 2004, to complete all trial activities at first instance by the end of 2008 and to complete all work in 2010, and urges each Tribunal to plan and act accordingly;

4. Calls on the ICTY and ICTR Prosecutors to review the case load of the ICTY and ICTR respectively in particular with a view to determining which cases should be proceeded with and which should be transferred to competent national jurisdictions, as well as the measures which will need to be taken to meet the Completion Strategies referred to in resolution 1503 (2003) and urges them to carry out this review as soon as possible and to include a progress report in the assessments to be provided to the Council under paragraph 6 of this resolution;

the International Criminal Court”, en *AJIL*, vol. 97, núm. 3, 2003, en especial págs. 542-545. Especialmente interesante es el enfoque de NEWMAN G., D.: “The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and A Distributive Problem”, en *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2005.

¹⁴³⁰ Cfr. ROBINSON, D.: “Serving the Interests of Justice...”, *op. cit.* En la misma línea, por ejemplo, NAQVI, Y.: “Amnesty for...”, *op. cit.*, en especial págs. 621-622.

¹⁴³¹ En trabajos como los de Fletcher y Weinstein se sostiene, aun en un análisis crítico, que la finalidad de estos tribunales internacionales es 1) descubrir y hacer pública la verdad de lo ocurrido; 2) castigar a los culpables; 3) responder a las necesidades de las víctimas; 4) fortalecer y desarrollar el Estado de Derecho en las democracias emergentes; y 5) promover la reconciliación nacional. Cfr. FLETCHER, L. E., y WEINSTEIN, H. M.: “Violence and Social...”, *op. cit.*, págs. 586-601.

¹⁴³² Es interesante consultar sobre esta cuestión, JALLOW, H. B.: “Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 1, 2005, págs. 149-150. En todo caso, volveré sobre esta cuestión en el próximo capítulo.

¹⁴³³ A este respecto, resulta de utilidad consultar CASSESE, A.: “On the Current ...”, *op. cit.*, pág. 6.

*5. Calls on each Tribunal, in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out in resolution 1503 (2003)*¹⁴³⁴.

En lo relativo a la CPI, es ampliamente conocido que el mismo fiscal de la CPI, en virtud a lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto de la Corte, desarrolla casi diariamente un complejo ejercicio de análisis para discriminar qué casos presentan el conocido como “umbral de gravedad” necesario para ser vistos ante la misma CPI; debiendo recordar que según informaciones de la misma fiscalía, a febrero de 2006 se habían recibido nada menos que mil setecientas treinta y dos comunicaciones referidas a posibles crímenes cometidos en ciento treinta y nueve países del mundo¹⁴³⁵. Pero a la hora de fundamentar las razones de tal selección, por citar lo expresado respecto a las comunicaciones recibidas por los crímenes cometidos en Irak:

*“While, in a general sense, any crime within the jurisdiction of the Court is “grave”, the Statute requires an additional threshold of gravity even where the subject-matter jurisdiction is satisfied. This assessment is necessary as the Court is faced with multiple situations involving hundreds or thousands of crimes and must select situations in accordance with the Article 53 criteria”*¹⁴³⁶.

De este modo, es evidente que una cosa es lo establecido para una serie de órganos concretos, o su funcionamiento, necesidades, exigencias o limitaciones, y otra muy diferente que tal previsión o realidad se fundamente en una norma de derecho internacional general. Aun más, aunque pueda admitirse que el mismo sistema de justicia (penal) internacional –incluida aquella estatal fundada en principios como el de jurisdicción universal– adolece, de hecho, de un inevitable (alto) grado de “selectividad”, o incluso “elitismo” si se prefiere¹⁴³⁷, extender este estado de cosas como una solución jurídica aplicable al orden interno enfrentaría graves problemas, comenzado con el peligro de politizar la persecución penal y acabar con un principio básico para las nuevas democracias como es la reinstauración de la igualdad ante la ley¹⁴³⁸.

Así, a pesar de que se ha argüido que la selectividad de todo sistema penal es inevitable¹⁴³⁹, y aportado que en distintos sistemas legales internos (básicamente propios de la *common law*) existen amplios márgenes para la discrecionalidad en la persecución penal¹⁴⁴⁰, concluir de estas realidades que la implementación de una política que escoja, en crímenes como los aquí ocupan, qué casos han de ser juzgados y cuáles no bajo parámetro de la mayor o menor “culpabilidad” de los responsables no sólo, ante los

¹⁴³⁴ *Vid.* CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1534 (2004)”, *doc. cit.* párrs. 3-5.

¹⁴³⁵ Cfr. “Update on Communications Received by the Prosecutor”, en http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_com.html.

¹⁴³⁶ *Vid.* http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf.

¹⁴³⁷ Sobre este particular, resultan interesantes las reflexiones de CÔTÉ, L.: “Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law”, en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005, págs. 175-177.

¹⁴³⁸ Véase en este sentido, TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, *op. cit.*, págs. 40-44.

¹⁴³⁹ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, apartado 5, párr. 19.

¹⁴⁴⁰ Cfr. NTANDA NSEREKO, D. D.: “Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals”, en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005, págs. 126-135.

retos de los países en transición, es positivo sino legítimo¹⁴⁴¹, supone tanto como obviar todo el desarrollo y despliegue normativo existentes en torno a las diversas formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional, así como todos los esfuerzos hechos respecto a la criminalización de los diferentes grados de intencionalidad en la comisión de los mismos; esto es, supone desconocer el contenido de al menos todo lo expuesto en los apartados 1. b) y c) del Capítulo III. Al mismo tiempo, proposiciones de este tipo deberán soslayar la expresa prohibición de la obediencia de órdenes como causa de exclusión de la responsabilidad penal, pues explícita o implícitamente esta circunstancia concurrirá en programas de esta naturaleza.

En resumen, aunque se ha afirmado que el derecho internacional no impone la obligación de sancionar a todos y cada uno de los responsables de crímenes de derecho internacional y violaciones de los derechos humanos –lo que, a mi entender, supondría tanto como rescribir tanto el mismo principio de responsabilidad internacional del individuo como todo el régimen jurídico ya examinado- o que aun si lo hiciera, este deber habría de interpretarse de una forma que lo convierta en algo, en todo momento, materializable¹⁴⁴², apoyar en este caso tal interpretación sería tanto como sostener que las obligaciones reseñadas deben entenderse, a la postre, de forma notoriamente contraria a su literal, objeto y fin; posibilidad, obvia decirlo, fuera de todo orden como ya se ha señalado.

No obstante, si todavía se quisiera defender esta vía hermenéutica en pro de los enjuiciamientos selectivos, el problema inmediato sería cómo excluir la responsabilidad penal -las investigaciones, juicios, y sanciones- de todos aquellos casos que no se incluyan en esa política selectiva, y en este punto parece que el recurso a la amnistía, bajo una modalidad u otra, se impondría; resultando oportuno, por tanto, remitirse a la respuesta dada sobre la licitud de estas medidas.

La única conclusión posible respecto a estos programas de justicia selectiva ha de ser suscribir las acertadas afirmaciones de Bassiouni sobre este particular, esto es: *“National prosecutions’ should include all persons who have committed criminal acts, subject, however, to reasonable and justified prosecutorial discretion. This includes persons who have committed (...) crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture –listado al que a los efectos de este trabajo habría de incluir la desaparición forzada de personas- (...) and there should be a principle of no general amnesty for these (...) crimes. For crimes other than the (...) mentioned above, the national system may develop criteria for selectivity or symbolic prosecution consistent with their laws, provided these criteria are not fundamentally unfair to the accused”*¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, aparato 5, párr. 19. No obstante, la misma argumentación de Méndez termina por parecer contradictoria, pues al tiempo que sostiene esto, afirma la imposibilidad de alegar la obediencia de órdenes como eximente penal. Similar problema se le presenta a Orentlicher, aunque intenta sortearlo señalando que se puede eximir a los subordinados que cumplieran órdenes pero no alegando que, justamente, seguían órdenes. Cfr. ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, 409-410

¹⁴⁴² Cfr. *Ibid.*, págs. 406-407.

¹⁴⁴³ *Id.* BASSIOUNI, M. C.: “The Need for International...”, *op. cit.*, pág. 24.

3) Breves consideraciones sobre los programas y medidas reparatorias implementadas.

Ante la notable ausencia de reparaciones derivadas de causas judiciales debe prestarse atención en este apartado a los denominados como programas globales o programas nacionales de reparación; recordando que como ya se ha apuntado, resulta muy complejo determinar, inequívocamente, si los mismos pueden evaluarse como “justos y adecuados” bajo las consideraciones realizadas anteriormente. Sin embargo, de las experiencias recogidas pueden extraerse algunas conclusiones, aun de carácter general.

Aunque en el campo de la satisfacción las medidas colectivas adoptadas con el paso del tiempo pueden reputarse como relativamente adecuadas, como punto de partida merece algún comentario el mismo diseño de todos los programas de reparación, en tanto que articulados sobre la premisa de que a todas las víctimas incluidas en una categoría (familiares de los desaparecidos o ejecutados, torturados, presos políticos, etc.) les correspondería, básicamente, una determinada compensación económica. Si ya la diversidad existente entre los grupos incluidos, o excluidos, en cada uno de estos programas resulta poco edificante, la indemnización así evaluada podría resultar difícilmente conciliable con un concepto de reparación en el que, como ya se vio, debe tenerse en cuenta el contexto específico del caso; esto es, ha de responder a un examen, bajo criterio de proporcionalidad, de la gravedad de la violación y el daño concreto sufrido¹⁴⁴⁴.

En este orden de ideas, conviene recordar que en el caso de Guatemala aunque las medidas recomendadas incluían a todos aquéllos que padecieron directamente en sus personas las violaciones a los derechos humanos, se incorporó un segundo aspecto según el cual, entre todas ellas, debía primarse a aquéllos con una condición económica y social más precaria, prestando especial atención a las personas ancianas, viudas, menores de edad y a quienes se encontraran en otras situaciones de desamparo¹⁴⁴⁵. Consideraciones de este tipo, de orden social, política-social o socioeconómica, no obstante su razonabilidad, presentan una compleja adecuación con el estricto deber de reparar, que no refiere al estatus económico de la víctima, sino a los derechos que le han sido violentados; debiendo reiterarse, en todo caso, que pese a que políticamente puede resultar problemático un diseño tan ambicioso en países como los que aquí ocupan, la realidad, por referirme a este caso concreto, no se ha dirigido a empezar a

¹⁴⁴⁴ A este respecto en concreto, además de lo visto en el Capítulo VI, puede consultarse CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: “Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional...”, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁴⁴⁵ Cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, Memoria del Silencio, Conclusiones y...*, *op. cit.*, Recomendaciones, párrs. 13 y 14.

reparar a los más “necesitados”, sino que finalmente ha impuesto un modelo tan restringido que las víctimas del genocidio, todas ellas, han quedado descartadas.

De este modo, la misma consideración de los sujetos que deben ser beneficiados por estos programas se presenta como un primer obstáculo para convalidar su adecuación con la normativa ya referida; siendo que todos los ejemplos disponibles, con quizá las excepciones parciales de Argentina y Chile –tras lo dispuesto a partir de 2003-, parecen obviar que debe entenderse por víctima, a tenor de la más completa definición de la CDH, a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario (así como, en general, del derecho internacional penal). El término “víctima”, continúa la Comisión, también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización¹⁴⁴⁶.

Ahora bien, junto a estas carencias, la misma materialización de todos estos programas plantea, en esencia, dos cuestiones básicas que ameritan ser destacadas. Incluso en aquellos Estados, como Argentina y Chile, que han conformado sistemas de reparación más completos –en los que junto a iniciativas meramente indemnizatorias se han articulado medidas compensatorias no materiales, medidas rehabilitatorias y exhaustivas iniciativas satisfactorias-, las experiencias examinadas parecen apuntar hacia la utilización de estos programas como una suerte de sustitutivo de la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos. De tal modo que cuando ésta ha quedado completamente anulada de hecho o de derecho, las distintas autoridades han tendido a potenciar estas iniciativas reparatorias, quizá como una especie de (lamentable) compensación por sus omisiones o limitaciones. En este sentido, resulta pertinente recordar que aunque los sectores más duros del estamento militar han mostrado su malestar –o total oposición si se trataba de medidas de satisfacción- ante estos programas, su resistencia ha sido notablemente menor que la mostrada ante todo intento de enjuiciamiento.

En conexión con lo anterior, si bien algunas de estas medidas reparatorias se han adoptado tempranamente en los procesos de transición analizados, la dilación ha sido una nota especialmente identificable. Varios Estados continúan aún hoy terminando de perfilar o implementar sus programas de reparación, y en el mejor de los casos, un conjunto satisfactorio de medidas reparatorias no se alcanzó hasta al menos una década después del fin formal de los gobiernos autoritarios¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁶ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios y directrices básicos sobre...”, *doc. cit.*, párr. 8.

¹⁴⁴⁷ Podría alegarse como excepción en este punto la experiencia chilena, en tanto que como se vio, apenas dos años después de la elección del Presidente Frei ya se habían aprobado algunas iniciativas reparatorias

Al margen de todas las dificultades señaladas, en lo que aquí interesa debe concluirse, trayendo aquí todo lo que se ha ido viendo, que resultando evidente la vulneración de las previsiones internacionales referidas en aquellos países en que las medidas de reparación han sido inexistentes o insignificantes, las circunstancias citadas en los párrafos anteriores hacen pertinente reiterar que el Estado tiene el deber indubitado de otorgar una rápida reparación a todas y cada una de las víctimas; obligación que en ningún caso podrá eximirle de la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos perpetradas; siendo que en caso contrario, y hasta que no lo haga, su responsabilidad internacional quedará comprometida.

Dentro de este esquema, lo único que podría matizarse sería lo relativo a la “rapidez” de la reparación debida en escenarios como los que están ocupando a este trabajo. Aspecto que será abordado desde una perspectiva más amplia en el apartado 2 del siguiente Capítulo, que enfrentará un examen jurídico de lo que podría derivarse de las dificultades de orden cuantitativo propias de procesos de transición como los analizados.

importantes. A mi entender, no obstante, hasta que no se consideraron los casos de torturas en 2003 el sistema previsto era claramente insuficiente.

CAPÍTULO X

BÚSQUEDA DE OTRAS ALTERNATIVAS DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1) Reflexiones iniciales: Problemas cuantitativos, cualitativos, temporales y políticos.

El examen realizado en el Capítulo anterior determina un escenario en el que sin vulnerar la legalidad internacional, tan sólo es posible la utilización condicionada de los indultos a la hora de enfrentar los retos derivados de la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, pero aunque ello pudiera presentar consecuencias notables para los desbordados sistemas penitenciarios de los Estados aquí examinados, sólo con esta medida, bien pudiera sostenerse que no quedarían atendidas todas las necesidades derivadas de procesos de transición como los analizados. En el presente Capítulo, por tanto, habrá que reflexionar sobre la posibilidad de aplicar otras alternativas existentes dentro del derecho internacional, resultando necesario realizar algunas consideraciones previas a su estudio.

Tal y como se desglosó en el apartado 3. b) del Capítulo VII, en mi opinión conviene aquí discriminar de inicio entre las dificultades cuantitativas y cualitativas que deben enfrentar los nuevos gobiernos democráticos, pues si bien ambas cuestiones encuentran puntos de conexión, los dilemas que se derivan de cada una de ellas son sustancialmente diferentes. Así, aunque estas dos cuestiones conforman, en bloque, el problema a afrontar, mientras que el número de casos que deben ser investigados, juzgados, sancionados y, en su caso, reparados puede ser tan elevado que plantee dudas sobre su posibilidad real de materialización, tanto la cualidad de los crímenes perpetrados como, especialmente, de los sujetos responsables de su comisión enfrentaría una problemática mucho más compleja, concretada en una serie de enormes obstáculos incluso para comenzar cualquier investigación y procesamiento.

Las experiencias analizadas refuerzan esta consideración de orden más teórico, ya que si se atiende a lo acaecido en países como Honduras o Uruguay resultará difícil concluir que el número de crímenes a atender fuera (o es) de tal entidad que desbordase en forma absoluta la capacidad del Estado, y sin embargo, las medidas para evitar el castigo de esos actos se impusieron (e imponen) con la misma crudeza que en Argentina, El Salvador o, de hecho, en Guatemala. Incluso si se evalúa lo ocurrido en los primeros desarrollos de la transición chilena, y se excluyen los posteriormente

reconocidos y documentados casos de tortura, tampoco parece indubitado que el Estado chileno no pudiera haber hecho frente al conjunto de procesos judiciales debidos.

Pudiera mantenerse, no obstante, la ya referida e impenitente alegación de que estas medidas para excluir la sanción de los crímenes pasados no fueron más o menos forzadas, impuestas por la realidad de los hechos, sino que se adoptaron con plena libertad y convencimiento de que constituían el mejor modo de conseguir la paz y/o la reconciliación nacional. Aquéllos que en un ejercicio de vivisección poco recomendable se limitan a esgrimir el refrendo de la sociedad uruguaya a su ley de amnistía, encontrarán en este hecho uno de los argumentos de más fácil (y efectista) recurso. Con todo, al margen de que esta evaluación resulta más que distante de la realidad completa ya expuesta, supone negar toda vigencia al clásico principio lógico de la parsimonia, y en todo caso, con independencia de que la permanencia de las demandas sociales para enjuiciar a los responsables del pasado dice poco en favor del éxito de esos objetivos¹⁴⁴⁸, de ser cierto lo anterior, la responsabilidad internacional del Estado sería evidente, por mucho que se pretendiese alegar acerca de la supuestamente buscada reconciliación nacional.

En consecuencia, sin desatender el aspecto cuantitativo, la experiencia consignada demuestra que los mayores retos identificables están referidos a las dificultades de orden cualitativo, esto es, a los sujetos que deben ser acusados y sancionados de unos crímenes que exceden de lo concebible; unas personas, además, que desplegaron un papel clave tanto durante el régimen militar como durante los procesos de transición y las nuevas democracias. Y es que, en este sentido, debe recordarse que las mismas democracias incipientes suelen encontrarse, *de facto* o *de iure*, radicalmente determinadas por las propias personas que deberían ser castigadas; circunstancia que ha llevado a sugerir a autores como O'Donnell y Schmitter que en los países abordados en este trabajo esta cuestión parece prácticamente irresoluble, aunque por mala que sea la solución adoptada, peor será siempre intentar ignorar el problema¹⁴⁴⁹.

Ahora bien, desde esta perspectiva ha de destacarse también que aunque el tiempo, o su paso, ha de ser reputado como un factor fundamental tanto para los problemas cuantitativos como para los cualitativos así considerados, en relación con los primeros podrá suponer principalmente alguna consideración sobre el desarrollo esperable de los procesos judiciales, mientras que respecto a los segundos, las experiencias analizadas demuestran que el transcurso del tiempo es una clave esencial para poder materializar cualquier persecución penal. Las nuevas democracias suelen encontrarse inicialmente en una debilidad tal que imposibilita el comienzo de toda acción judicial contra los antiguos dirigentes de los regímenes militares, y aun, como se

¹⁴⁴⁸ Aunque, en mi impresión, sin mucho convencimiento, éste es el parámetro final que Nino expone para determinar el éxito o fracaso del modo en que Estados como Argentina enfrentaron el particular que aquí interesa. Cfr. NINO, C. S.: "Response: The Duty...", *op. cit.*, pág. 435.

¹⁴⁴⁹ Cfr. O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4, *op. cit.*, pág. 30.

vio, cuando ésta se ha realizado, bien ha debido ser muy limitada, bien ha terminado por producir efectos que podrían calificarse hasta como contraproducentes.

Así, centrando el análisis esencialmente en esta segunda cuestión por todo lo expuesto, de lo anterior se deduce la necesidad de examinar las distintas posibilidades que ofrece el derecho internacional para facilitar este, digamos, “paréntesis inicial”, en virtud del cual la nueva democracia pudiera fortalecerse y, simultáneamente, las antiguas redes de poder establecidas pudieran ser debilitadas -mediante, por poner el ejemplo más recurrente, medidas administrativas de destitución, jubilación o remoción- antes de afrontar la sanción de los crímenes pasados. Dicho de otro modo, habrá de analizarse si resulta posible lograr la “congelación” de todas las obligaciones internacionales en liza hasta que las nuevas autoridades puedan hacerlas frente efectivamente; si resulta posible, obvia decirlo, dentro de los márgenes del derecho internacional, pues la realidad de los hechos ya ha demostrado que, *de facto*, no sólo resulta posible, sino común.

Intuitivamente, y sin perjuicio de lo que se apuntará más adelante en lo referido a los problemas cuantitativos, la respuesta a este particular podría buscarse en las fórmulas clásicas previstas por el derecho internacional en este sentido, esto es, en la suspensión o, incluso, si se quiere, hasta en la denuncia de las normas convencionales expuestas; y es que por paradójico que pueda resultar, pese a su naturaleza y a la de las obligaciones que contienen, instrumentos internacionales como la Convención contra el Genocidio –artículo 14-, la CCT –artículo 31-, la CICT –artículo 23-, la CIDFP –artículo 21- y hasta la CIDH –artículo 78-, incluyen disposiciones que habilitan tales posibilidades. En todo caso, ya por la vía de la suspensión o por la de la denuncia, sin ni siquiera entrar en la cuestión de la “suspensión no motivada”¹⁴⁵⁰, obviando las trabas derivadas de lo dispuesto en los artículos 44 y, especialmente, 45. b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, e incluso soslayando los problemas temporales respecto de obligaciones emanadas por comportamientos anteriores a la suspensión o denuncia, si se evocara un escenario en que cualquiera de las dos fueran plenamente operativa, las mismas sólo afectarían, en lo mejor de los casos, a las obligaciones convencionales, dejando plenamente vigentes las mismas obligaciones ya identificadas en el derecho consuetudinario en lo que aquí ocupa. Esta consecuencia es evidente, pues es bien conocido que las reglas del derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y aplicabilidad autónomas respecto a las del derecho convencional, como ha señalado reiteradamente la CIJ¹⁴⁵¹ y se recoge expresamente en la misma Convención de Viena; es decir que:

“La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en

¹⁴⁵⁰ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados guarda silencio sobre esta cuestión, aunque parece aplicable por analogía lo dispuesto en su artículo 56 para la denuncia.

¹⁴⁵¹ Probablemente la argumentación más completa en este sentido se encuentre en *asunto de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, en especial párrs. 175-182.

el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado"¹⁴⁵².

De este modo, a los efectos de este análisis, la suspensión o denuncia de los tratados en cuestión no podrían ni cumplir los objetivos apuntados ni desplegar los efectos requeridos.

La búsqueda de un paréntesis temporal a través de estas figuras ha de ser descartado entonces, mas si se profundiza un poco más en esta línea, la caracterización variará sustancialmente si junto a las limitaciones referidas, a lo oportuno que sería lograr este “respiro” inicial, se incorporan algunas de las realidades que atraviesan estos Estados, y muy sensiblemente, la continua la presión, amenaza y hasta activación de intentos de golpe de Estado por parte de aquéllos que pretenden, entre otras cosas, evitar el castigo de los crímenes cometidos. Así, en este momento no se estaría ya ante una situación fundada en la utilidad, o pertinencia, de este lapso de tiempo para preparar a una nueva democracia que debe afrontar el cumplimiento de las obligaciones señaladas, sino más bien ante un estado de cosas que, junto a ello, incorporase parámetros de abrumadora e imperiosa necesidad en su evaluación jurídica. Considerando todas las características ya analizadas podrá convenirse que en estas situaciones resultarán tanto el estado de necesidad, como causa general de exclusión de la ilicitud, como la suspensión de garantías (judiciales) relativas al castigo de los crímenes pasados, en el ámbito del DIDH, las posibilidades jurídicas a explorar; puesto que de ser aplicables, políticamente podrían evitarse las situaciones mencionadas bajo el rótulo de “suicidio político”, y jurídicamente, la ausencia (o dilación) temporal del castigo de los crímenes cometidos pasaría a ser un comportamiento plenamente justificado y, lo que es importante para este trabajo, internacionalmente lícito.

No obstante, esta doble aproximación requerirá a la postre la concurrencia de los requisitos exigibles para ambas, ya que pese a la reciente cautela de la CIJ en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*¹⁴⁵³, y completando lo apuntado en el apartado 4) del Capítulo V de este trabajo, parece ampliamente admitido que las disposiciones relativas a la suspensión de derechos y garantías propias del DIDH impedirían la posibilidad de invocación de las circunstancias que excluyen la ilicitud previstas en el derecho internacional consuetudinario¹⁴⁵⁴. Por ello, para que esta vía de análisis fuera efectiva deberían ser de aplicación tanto el estado de necesidad como la suspensión de garantías, afectándose en consecuencia todo el conjunto de obligaciones propias del derecho internacional penal y del DIDH, identificadas en la primera parte de este trabajo.

¹⁴⁵² *Id.*, artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁴⁵³ Cfr. *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párr. 140

¹⁴⁵⁴ Sobre este particular véase MERON, T.: “State Responsibility for Violations of Human Rights”, en *American Society of International Law / Proceedings of the 83rd Annual Meeting*, 1989.

Ahora bien, aunque fuera posible encontrar un modo de lograrlo, este mismo hecho plantearía otros problemas, pues si se pudiera invocar la existencia de una situación excepcional para justificar este “imperioso paréntesis”, esa situación debería permanecer en el tiempo para que no perdiera su razón de ser; lo que muy probablemente no haría más que estimular la perpetuación de los peligros que le dieron origen. Dicho de otro modo, si los miembros de las Fuerzas Armadas sospechosos de la comisión de crímenes de derecho internacional encuentran que a través de sus presiones, o amenazas de golpe de Estado, se llega a una situación en la que en virtud de la declaración de suspensión de garantías y estado de necesidad, su persecución penal se detiene, no será descabellado presumir que en su fuero interno no encuentren muchos alicientes, incentivos o estímulos, para deponer su actitud. Lo que además de graves perjuicios para la estabilidad o desarrollo del proceso de transición considerado, plantea no pocas cautelas sobre la estricta viabilidad jurídica de estas alternativas, pues como muy bien ha advertido Fitzmaurice, cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, el incumplimiento no sólo está justificado, sino que va encaminado a que se reanude el cumplimiento de la obligación internacional tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento¹⁴⁵⁵.

En todo caso, esta apreciación entra dentro de lo contingente, con lo que no puede valorarse como totalmente descalificadota de estas posibilidades jurídicas; resultando, por el contrario, absolutamente cierto que desde esta segunda perspectiva, la situación a considerar ha de asumirse como una respuesta, en definitiva, para no empujar a los nuevos gobiernos a posiciones que amenacen su propia existencia -esto no significa, obviamente, que durante ese lapso no puedan adoptarse otras medidas para asegurar la preeminencia de las autoridades civiles sobre las militares-. De este modo, por tanto, será analizado en los siguientes apartados.

En conclusión, si no es diseñando un supuesto de laboratorio en el que los problemas cuantitativos, la activación de los procesos judiciales, pudiera conformar una “situación límite” como las esbozadas, esto es, en otras palabras, que pudieran suponer una amenaza inminente para la vida o supervivencia del propio Estado, éstos no podrían ser encuadrados bajo las circunstancias jurídicas aplicables para los problemas cualitativos¹⁴⁵⁶; con lo que en las páginas siguientes se examinarán de forma individualizada, de un lado, las alternativas disponibles para enfrentar los retos derivados del número de casos a sancionar, y del otro, el estado de necesidad y la suspensión de garantías en el ámbito de los problemas ya referidos. Teniendo igualmente en cuenta que con esta propuesta estrictamente analítica, ha de asumirse que las medidas relativas a los problemas cuantitativos han de tener como presupuesto, justamente, la inexistencia de las dificultades propias de los cualitativos; es decir, requieren que las nuevas autoridades tengan la verdadera capacidad (y voluntad) de

¹⁴⁵⁵ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 2 al Capítulo V del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

¹⁴⁵⁶ Si aun por mero ejercicio intelectual quisiera considerarse esta posibilidad, bastará remitirse a los requisitos examinados en los apartados 3. a) y 4. a) de este Capítulo para descartarla.

adoptarlas e implementarlas¹⁴⁵⁷; pues en caso contrario sería ocioso plantear posibilidades o alternativas para afrontar el castigo de cientos o miles de casos cuando enjuiciar a un solo sujeto resulta imposible, o si se prefiere, inviable.

Antes de concluir este apartado conviene esbozar unas breves líneas finales de orden político/politológico, que no han de ser valoradas como una mera digresión. Aunque el ámbito de este trabajo es exclusivamente el derecho internacional, y lo que en él se busca es sólo la construcción de un modelo internacionalmente lícito, habrá de apuntarse al menos que conceptualmente muchas de las alternativas que se estudiarán conllevan el explícito reconocimiento de que las nacientes democracias, bien no pueden asumir sus obligaciones internacionales, bien no tiene ni siquiera el poder para controlar, o enfrentar, a los miembros de sus propias Fuerzas Armadas.

Muy probablemente, las sendas posibles en lo relativo a los problemas cuantitativos sean de más sencillo tránsito para los nuevos dirigentes, que en esencia, sólo habrán de reconocer que en sus Estados se carece de los medios precisos para afrontar el cumplimiento de las normas internacionales identificadas ante el enorme número de casos a atender; pero el problema se tornará mucho más delicado en lo tocante a las limitaciones de orden cualitativo. Las propias necesidades de legitimación de las nuevas autoridades -máxime en países con sistemas presidencialistas, como son los que aquí ocupan- y hasta del nuevo (o restablecido) régimen pueden ser, en este sentido, un obstáculo adicional para aplicar o invocar las medidas citadas, en tanto que bajo estos parámetros quizá resulte políticamente menos oneroso plegarse a las presiones o limitaciones existentes -alegando altos fines como la reconciliación nacional- que admitir y expresar públicamente que no pudiendo controlar la situación o dominar a los miembros del estamento militar, habrá que, por poner un ejemplo, decretar la suspensión de unas garantías judiciales ausentes durante años; habrá que, en definitiva, postergar, aun temporalmente, los compromisos internacionales adquiridos, esto es, por expresarlo de un modo más directo, habrá que someterse a las demandas de aquéllos que, entre otras cosas, y fusil en mano, apuntan a las nuevas democracias ante el menor movimiento para lograr el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el pasado.

A este respecto, la ausencia de toda invocación, por jurídicamente injustificable que pudiera ser, de las posibilidades que se han apuntado parece bastante ilustrativa. Y, en definitiva, esta realidad podrá terminar por suponer un escollo político insalvable para su aplicación, aun si puede concluirse que alguna de estas alternativas se ajusta a lo que en el derecho internacional se dispone.

¹⁴⁵⁷ Quizá podrían considerarse como una excepción en este punto las medidas que pudiera adoptar el CS respecto a un Estado para sancionar a los responsables de los crímenes pasados, en un escenario además en el que su materialización viniera acompañada de medidas de fuerza para hacerla efectiva. Esta cuestión general ya fue apuntada en el apartado 1) del capítulo IV; siendo que su estudio requeriría de un trabajo diferente al presente.

2) Problemas cuantitativos: A propósito de la “imposibilidad material”.

En un párrafo especialmente memorable advierte Nino: *“Massive human rights violations could not be committed without the acquiescence of many people. There are who planned the deeds and those who committed them. There are those who informed on neighbours or friends or who lent material resources to those who actually commit the atrocities. Some victims even helped to victimize others. There are also hosts of people who may have cooperated by omission. Judges, for example, may have refrained from conducting proceedings that could have stopped the violations. Journalists may have failed to publicize the atrocities and helped contain reactions from within and without. Diplomats may have helped conceal what was occurring or even actively justified the actions of their governments. Even common people –like those who lived near concentration camps- often turned a blind eye to what was happening close to them. Some may have refrained from passing along knowledge to others and may even have mildly justified the deeds to themselves and each others. “It must be for something” was the common saying when they learned that a neighbour or acquaintance had been kidnapped by security forces and made to “disappear.” And if almost everybody is guilty, there is a feeling that nobody really is.”*¹⁴⁵⁸.

Incluso restringiendo estas afirmaciones a las diversas formas de autoría y participación analizadas para los crímenes de derecho internacional, ya se ha establecido en el apartado 2. b) del Capítulo VII que el número de casos (y responsables) que deberán ser investigados, juzgados, sancionados, y en su caso reparados, puede ser extremadamente elevado. Junto a ello, también se indicó lo limitado de los medios disponibles en estos Estados, circunstancia que puede ampliarse con otro ejemplo a través de la más cercana experiencia de Perú. Así, si la consideración general señalaría que junto a la propia escasez material, los tribunales, o el mismo sistema de justicia que sale del antiguo régimen, no estaría preparado para afrontar los procesos debidos por la carencia de independencia pasada, corrupción, miedo, falta de experiencia o, incluso, necesidad de aplicar la legislación anterior, un completo estudio de la Defensoría del Pueblo del Perú ha colocado datos y hechos concretos en estos argumentos:

A un año de la presentación del Informe Final de la Comisión de Verdad y Reconciliación, de los cincuenta y nueve casos presentados por la Comisión y la Defensoría del Pueblo -cuarenta y siete por la primera y doce por la segunda¹⁴⁵⁹- al

¹⁴⁵⁸ Vid. NINO, C. S.: *Radical Evil...*, op. cit., pág. xi.

¹⁴⁵⁹ Un dato a destacarse es que de los cuarenta y siete casos presentados por la Comisión, cuarenta ya habían sido objeto de investigación fiscal previa, siendo sólo veinticuatro los que llegaron a instancia judicial dando origen a treinta y dos procesos judiciales. De ellos, tan sólo seis concluyeron con sentencia condenatoria. Los demás, o fueron archivados en aplicación de la ley de amnistía, o sobreesidos. Respecto a los doce casos presentados por la Defensoría del Pueblo, once contaban con expedientes de las anteriores fiscalías, pero aunque las denuncias se presentaron entre los años 1983 y 1992, tan sólo un expediente fue concluido. Los únicos dos casos que contaban con procesos judiciales fueron archivados en cumplimiento de la ley de amnistía. Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ: “A un año de la Comisión de la Verdad...”, doc. cit., págs. 32-33, 58-60.

Ministerio Público, tan sólo trece se encontraban ante el Poder Judicial, detectándose un rosario de problemas, irregularidades e incumplimientos que podría resumirse en que no existe un adecuado sistema especializado en el Ministerio Público para llevar a cabo las investigaciones, no hay criterios comunes de actuación en el desarrollo de las mismas, no existe un adecuado sistema de notificaciones que permita hacerlas llegar a las víctimas, sus familiares, o a los testigos, ni tampoco un plan de trabajo forense debidamente desarrollado. De otro lado, se observa la excesiva carga procesal que enfrentan la mayoría de las fiscalías y su falta de capacitación y medios. Por su parte, el Poder Judicial no ha creado ningún juzgado especializado para atender los casos de violaciones a derechos humanos. Con relación a las diligencias en la etapa de instrucción, se ha verificado la escasa o nula información que brindan el Ministerio Público y el Ministerio del Interior sobre la situación militar y ubicación de los efectivos denunciados como autores, y en general sobre toda información que pueda aportar elementos para el esclarecimiento de los casos. Asimismo, se ha tomado conocimiento de casos presentados por la Comisión en los que el Fuero Militar ha iniciado o reabierto investigaciones paralelas. En la valoración de estos hechos ha de tenerse en cuenta, además, que en los casos considerados, básicamente relativos a desapariciones forzosas, torturas y ejecuciones extrajudiciales, el número de víctimas directas asciende a sólo mil setecientos veintitrés —de los casi setenta mil muertos o desaparecidos documentados¹⁴⁶⁰—.

La cuestión que se suscita inmediatamente es si en situaciones como las expuestas resulta materialmente posible cumplir con las obligaciones internacionales identificadas, lo que en un enunciado jurídico podría ser formulado preguntándose sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 y, parcialmente, en el 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; es decir, plantearse la posibilidad de aplicar la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y/o el cambio fundamental en las circunstancias como causas para justificar el fin de las obligaciones internacionales que aquí interesan. Y es que estos dos artículos disponen:

“61. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

62. Cambio fundamental en las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese

¹⁴⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, págs. 21-72, 121-127.

cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) si el tratado establece una frontera; o

b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.”

Si para que la primera posibilidad fuese atendible debería estarse ante un supuesto en que concurriera la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado, como pudieran ser los tribunales, jueces, etc., todo el sistema de justicia en definitiva¹⁴⁶¹, ambas realmente deben ser descartadas de inicio en tanto que entre sus requisitos se prevé que la imposibilidad de cumplimiento, o el cambio en las circunstancias, no podrá alegarse por una de las Partes si, como es el caso, resulta de una violación, por la Parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra Parte en el tratado.

No obstante, aunque desde un punto de vista jurídico estas posibilidades no pueden ser operativas en casos como los que aquí ocupan, resulta interesante comprobar que en experiencias en que esta desaparición o destrucción del sistema de justicia se ha aproximado a ser una realidad absoluta, como el ya referido ejemplo de Ruanda, la respuesta de las autoridades ha sido diametralmente opuesta a lo esperable. Sin reiterar lo ya expuesto, conviene apuntar sobre esta cuestión que en un estudio reciente se sostiene que enjuiciar a los cientos de miles de personas que en este preciso instante están esperando en las cárceles de Ruanda por la comisión de las atrocidades perpetradas en la guerra (in)civil tutsi-hutu, requeriría entre dos y cuatro siglos de trabajo¹⁴⁶²; lo que al margen de lo acertado de este cálculo, sitúa el problema en una dimensión temporal sobre la que debe reflexionarse.

A este respecto, autores como Weschler han advertido que si las cuestiones relativas a los crímenes pasados no son abordadas con rapidez en los procesos de transición, pueden volver en formas más perversas pasados uno o dos años¹⁴⁶³;

¹⁴⁶¹ Véanse en este sentido las reflexiones del “Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances”, Ginebra 17-19 de mayo de 1995, en especial párrs. 23-28; documento anexo a SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Eighth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37”, Documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1995/20, 26 de junio de 1995.

¹⁴⁶² Cfr. ZUPPI, L. A.: “En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad”, en *Revista Nueva doctrina penal*, 2000/B, 2001, Conclusión.

¹⁴⁶³ Cfr. BORAINÉ, A., LEVY, J. y SHEFFER, R. (eds.): *Dealing with..., op. cit.*, pág. 58.

afirmación que en lo que ahora interesa no puede entenderse como referida a los procedimientos judiciales exigidos, pues resulta ciencia ficción esperar que en ese intervalo todos ellos puedan resolverse. Sin embargo, tras descartar la estricta imposibilidad material desde una perspectiva jurídica, y valorando lo propio de los retos de orden penitenciario en conexión con el uso de los indultos en los términos ya sostenidos, es esta perspectiva temporal en el cumplimiento de las obligaciones en juego la que se transforma en clave, pues será a través de ella que habrá que explorar una nueva senda para amoldar el cumplimiento de las obligaciones internacionales identificadas a las dificultades cuantitativas advertidas.

Así, la vía a plantear se concretaría en la búsqueda del “efecto útil” en la interpretación de las obligaciones internacionales en liza; siendo los específicos elementos a considerar los requisitos intrínsecos a “un proceso sin dilaciones indebidas”¹⁴⁶⁴, o en general, del mismo “debido proceso”¹⁴⁶⁵, cuya interpretación debería ser reexaminada en atención a las situaciones concretas de cada una de las experiencias consignadas. Dicho de otro modo, ha de abogarse por una interpretación flexible de estas exigencias que sin violentar su núcleo esencial, hagan posible que un Estado que enfrenta el enjuiciamiento de cientos o miles de casos no vea transformada esta obligación en una labor que, continuamente, comprometa su responsabilidad internacional pese a sus esfuerzos. Si no existe alternativa internacionalmente lícita para soslayar la investigación y los procesos consiguientes a través de una amnistía, si tampoco resulta admisible una política que escoja una serie de casos a enjuiciar y excluya el resto, y si, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar, sancionar y reparar todos y cada de los crímenes pasados cometidos, o bien se asume que los Estados tienen recursos ilimitados para hacerlo, o se defiende la necesidad de una interpretación de las exigencias de esos procedimientos judiciales que evite la consideración de las obligaciones internacionales en juego como deberes absolutos que, en determinados casos, puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta. De lo contrario, la única conclusión posible sería que aquellos Estados que deban hacer frente a las dificultades cuantitativas señaladas están irremisiblemente condenados a ver su responsabilidad internacional comprometida, aun si tratan de adecuar su comportamiento al conjunto de obligaciones identificadas en la primera parte de este trabajo.

Ahora bien, lo anterior no quiere significar que a través de esta interpretación se pueda buscar el ansiado “paréntesis inicial” que se apuntaba en el apartado anterior, pues no se trata de suspender los procedimientos, sino de activarlos tal y como exige la normativa examinada, pero interpretando adecuadamente los requisitos propios de su desarrollo ante la realidad a afrontar. Tampoco se pretende con lo expuesto acordar el modo concreto en que esta interpretación ha de operar en general, es decir, no puede proponerse, por ejemplo, que el paso de dos, tres, cuatro o seis años suponga el límite que transforme la interpretación en pro del “efecto útil” en una interpretación en contra de la letra, espíritu, objeto y fin de la norma en cuestión, pues cada situación, cada

¹⁴⁶⁴ Véanse artículo 14.3. a) del PIDCP, 8.1 de la CIDH, 6.1 del CEDH y 7.1. d) de la Carta ADHP.

¹⁴⁶⁵ Consúltense artículo 14 del PIDCP, 8 y 25 de la CIDH, 6 del CEDH, y 7 de la Carta ADHP.

Estado, cada caso, requerirán de un examen pormenorizado; pero sí es precisa la defensa de la búsqueda de esta interpretación, pues sino, ha de reiterarse, todo el conjunto de obligaciones internacionales examinadas tornaría en una serie de deberes irrealizables.

Esta conclusión es aplicable, evidentemente, también a la exigida “rapidez” en la reparación debida a las víctimas y/o sus familiares. De un lado, porque si la misma es el resultado de un proceso judicial, éste ya habrá de valorarse a través de la interpretación propuesta en lo relativo a “un proceso sin dilaciones indebidas”; del otro, porque ha de defenderse que esta misma interpretación ha de ser atendida aun si de lo que se trata son de programas de reparación global como los diseñados en las experiencias sudamericanas, especialmente en Argentina y Chile –siempre y cuando, es obvio, existan evidencias acerca de la ausencia de recursos para hacer frente a estas miles de reparaciones de forma inmediata-.

Junto a esta primera proposición de orden más interno en lo que respecto a los procedimientos judiciales, conviene ampliar el ámbito de análisis para completar el examen anunciado como objetivo de este apartado. Ya se ha señalado y comprobado cómo la actuación de terceros Estados puede “estimular” la actuación de los tribunales del Estado territorial, pero lo relevante en este momento más bien apunta hacia la dirección contraria, es decir, en este caso lo que debería buscarse no es este estímulo, sino un modo de aliviar la enorme carga de los tribunales internos territoriales a través de la acción de las cortes, por ejemplo, de terceros Estados.

Como primer paso cabría entonces valorar si en virtud del principio de jurisdicción universal ya estudiado, los tribunales de terceros Estados podrían asumir un número de casos suficiente como para mitigar las dificultades derivadas de los problemas cuantitativos. Contando como presupuesto con la voluntad (política) para hacer posibles tales enjuiciamientos, y en concreto, aceptando que existiera la misma voluntad para cooperar con ellos en el Estado territorial, lo cierto es que resultaría ilusorio esperar que estas actuaciones pudieran asumir un número realmente significativo de causas, máxime porque, como se vio, la experiencia demuestra que en los pocos casos en que se han activado este tipo de procesos, se han centrado en una serie de causas en las que los problemas cualitativos eran los predominantes -de ningún modo los cuantitativos-. La atención entonces debería centrarse en otro tipo de iniciativas.

Si se atienden a los órganos judiciales internacionales, de lo explicado en el apartado 1) del Capítulo IV puede extraerse que la incidencia de los tribunales internacionales penales, o de la misma CPI, con relación a los problemas cuantitativos estudiados tan sólo podría ser, en el mejor de los escenarios posibles, notablemente restringida¹⁴⁶⁶. A ello convendrá añadir algo evidenciado por la misma práctica de estos

¹⁴⁶⁶ Junto a todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que como explica Cassese: “*The problems faced by the ICTY demonstrate the difficulties in enforcing international humanitarian law through an international mechanism. Among the complaints regularly aired before the General Assembly of the United Nations in the annual speech of the President of the ICTY and in the Annual Report are that: (i) The ICTY Statute places excessive reliance on state cooperation as the primary means of achieving the mandated objectives of prosecuting persons for violations of international humanitarian law. ICTY,*

tribunales. Por sí solos, y pese a las limitaciones estatutarias, geográficas, temporales, e incluso personales apuntadas, estas instancias ya tienen que enfrentar importantes retos derivados del número de causas a atender, y ello a pesar de que, obviamente, la cifra de casos sobre las que son competentes es comparativamente mucho menor que la que debe atender el propio Estado territorial. Así, por referir el ejemplo más notorio del TPIRW, como ha denunciado Amnistía Internacional “*algunos de los acusados llevan más de 30 meses en prisión, y algunos podrían permanecer varios años encarcelados antes de que concluya su juicio. Parte de los retrasos son responsabilidad del propio Tribunal, debido, por ejemplo, a que éste disfruta de cuatro meses de vacaciones anuales, y a los retrasos en procesar a los sospechosos y en tramitar las peticiones de órdenes*”¹⁴⁶⁷.

Aunque un autor como Garton Ash ha afirmado, en relación con el período de los TMI tras la Segunda Guerra Mundial, que el hecho de que “unos extranjeros” se ocupen del castigo de los crímenes pasados tiene ventajas innegables, pues no hay restricciones de política interna que impidan hacer comparaciones con los militares golpistas de Iberoamérica o los servicios de seguridad que aún operan en la Rusia actual, resultando simplemente que las cosas se hacen¹⁴⁶⁸; en lo que interesa a este apartado es evidente que el análisis debe referirse, de nuevo, a otras alternativas, sino se quiere terminar abogando por un tribunal internacional con unos recursos muy alejados a los que los Estados de la Comunidad Internacional parecen dispuestos a destinar a tal fin.

having no police force of its own, must rely on international cooperation in order to effect arrests. It has proved extremely difficult to achieve significant state cooperation in complying with the Tribunal's orders to arrest and deliver indicted persons to The Hague and to provide assistance in evidentiary matters. Impunity is a genuine risk when states and international authorities refuse to arrest indicted individuals. (ii) There is a crucial need for more arrests of military or political leaders. States, if arresting at all, demonstrate greater willingness to arrest lesser figures, whilst allowing the leaders to remain at large. The process of restoring peace and security to the affected region is thus made all the more difficult. (iii) There are tremendous financial and logistical obstacles in the way of an effective international criminal tribunal. To establish an effective and fully functioning institution from scratch requires enormous funding. ICTY has had to build a courtroom and offices and supply them with all the necessary equipment, hire staff from all around the world, build a detention unit, fund programmes for the protection of victims and witnesses, send teams of investigators into the field, and so on. Yet there remains much to be done. For example, ICTY's Prosecutor, like the rest of the Tribunal's organs, has been severely hampered by lack of funds, and there is a genuine need for more investigators to undertake the many complex and time-consuming inquiries necessary to fulfil the institution's mandate. Witnesses have to be found amongst the Balkan diaspora. They must be interviewed and brought to The Hague to testify and, if necessary, be placed in a witness protection programme. This applies not only to prosecution witnesses, but to defence witnesses as well. (iv) Finally, the legal regime is not straightforward. Unlike national jurisdictions, which may rely on dozens of codes and hundreds of precedents for guidance, the ICTY has to apply, in addition to its Statute, customary international law, which can only be ascertained by consulting widely-dispersed international law sources. This became particularly clear in the case of Erdemovic, when the judges of the Appeals Chamber had to determine whether international law recognized the defence of duress, a question on which the Statute remains silent. Furthermore, the work of international tribunals is made all the more problematic by the absence of an international code of criminal procedure, although the Rules of Procedure and Evidence which have been laboriously drafted by the ICTY would provide a blueprint for a future permanent institution.” Vid. CASSESE, A.: “On the Current...”, *op. cit.*, págs. 7. Sobre este particular, véase también BARRIA, L. y ROPER D., S.: “How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR”, en *IJHR*, vol. 9, núm. 3, 2005.

¹⁴⁶⁷ Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Tribunal Penal Internacional para Ruanda: logros y deficiencias”, índice AI: IOR 40/13/98/s, 30 de abril de 1998, conclusiones.

¹⁴⁶⁸ Cfr. GARTON ASH, T.: “Juicios...”, *op. cit.*, pág. 48.

De este modo, y siempre considerando las particularidades y necesidades de cada caso concreto¹⁴⁶⁹, dos son las sendas que quedarían por explorar. Como presupuesto de ambas, ha de traerse a colación lo concluido respecto al fundamento de la responsabilidad internacional del individuo, resultando que al margen de otras consideraciones de naturaleza más política, si los bienes jurídicos violentados corresponden a la propia Comunidad Internacional en su conjunto, su implicación en el castigo de estos crímenes resultaría no sólo esperable, sino demandable. En este sentido, resulta muy pertinente señalar que entre sus conclusiones, Méndez sostiene que lo importante no es tanto imponer un conjunto de obligaciones a los líderes democráticos, sino encontrar los medios para que la Comunidad Internacional pueda efectivamente apoyar los esfuerzos de algunos de estos líderes y de organizaciones de la sociedad civil para alcanzar lo que él denomina como la “responsabilización”¹⁴⁷⁰.

La primera alternativa se situaría en cierto modo en la órbita de las ya comentadas órdenes de 2001 emitidas por la Corte Suprema de Chile para asignar a Ministros de Fuero de las Cortes de Apelaciones y jueces de primera instancia la tarea exclusiva o preferencial de investigar casos de violaciones a los derechos humanos. No obstante, para caracterizarla de forma más acorde a la intención de este apartado, resultará apropiado volver a referirse al ejemplo del Perú. A este respecto, cabe mencionar que la Comisión de la Verdad y Reconciliación propuso la creación de un sistema especializado temporal para procesar casos de crímenes de derecho internacional y de violaciones a los derechos humanos¹⁴⁷¹, lo que apoyó la Defensoría del Pueblo mediante su Resolución N°. 25-2003/DP. De este modo, esta primera vía se concretaría en el establecimiento de un sistema judicial interno *ad hoc*, cuya finalidad sería enjuiciar el conjunto de los crímenes pasados.

Ahora bien, por todo lo ya expuesto resultaría poco más que un brindis al sol esperar (o sostener) que el Estado en cuestión debe ser el que sufrague todos los gastos de un sistema así considerado, por lo que para que esta iniciativa tuviera verdadero sentido cabría esperar y demandar el apoyo –material, financiero, de capacitación, etc.– del resto de Estados de una Comunidad Internacional que, debe reiterarse, es la titular de los bienes jurídicos lesionados. De este modo, se aprovecharía la infraestructura y el personal ya existente, potenciándolo y logrando su mejor idoneidad, con el objetivo de cumplir unas obligaciones internacionales en cuya interpretación, no obstante, debería concurrir igualmente lo señalado en los párrafos anteriores.

En segundo lugar, recordando la importancia de que sea el mismo Estado territorial el que afronte estos procesos judiciales, conviene señalar que el mismo juez Pocar ha concluido que “*the only way to ensure that domestic courts can prosecute that would not*

¹⁴⁶⁹ Sobre esta cuestión en concreto, es muy ilustrativa la lectura de MORRIS, M. H.: “International guidelines against impunity: Facilitating accountability”, en *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, N°.4, 1996, en especial apartado III.A.2.

¹⁴⁷⁰ Cfr. MÉNDEZ, J. E.: “Responsabilización...”, *op. cit.*, Conclusión.

¹⁴⁷¹ Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Hatun Willakuy...*, *op. cit.*, pág. 416.

be reserved to ICC, appears to be the establishment of courts with international participation"¹⁴⁷²; apuntando de este modo a los (heterogéneos) mecanismos que se recogieron en el apartado 1. d) del Capítulo II. Así, la segunda alternativa se sustanciaría en los ya referidos tribunales híbridos, mixtos, internacionalizados, o "tribunales internacionales nacionalizados"; cuyo establecimiento respondería a los mismos principios y finalidad que en el caso anterior, añadiendo que por su propia configuración, podrían mitigarse notablemente las potenciales deficiencias derivadas de la carencia de independencia de los jueces, corrupción, miedo, o falta de experiencia, ya advertidas.

Aunque la mayoría de los balances doctrinales apuestan por las virtudes de la segunda posibilidad, máxime al tratarse de crímenes de derecho internacional¹⁴⁷³, no existen razones absolutas que permitan descalificar totalmente a la primera¹⁴⁷⁴; resultando, en todo caso, que ya se opte por una u otra vía, ambas iniciativas pueden ser adecuadas -de contar con los recursos adecuados, debe reiterarse- para afrontar los retos cuantitativos expuestos. De este modo, junto a la propuesta realizada en lo relativo a los requisitos del "debido proceso", se conformaría una posible solución de conjunto para enfrentarlos.

3) Problemas cualitativos.

Por todas las razones expuestas al principio de este Capítulo, los problemas de orden cualitativo incorporan un conjunto de dificultades especialmente complejas y delicadas. Baste plantearse, a modo de recordatorio paradigmático, un escenario en el que a un sujeto que hasta ayer era el máximo y omnipotente Jefe del Estado, que aún hoy se perpetua como Comandante en Jefe de las mismas Fuerzas Armadas que se convirtieron en su instrumento de represión bajo la fórmula de la "obediencia ilimitada"¹⁴⁷⁵, y que trufa todo su discurso sobre el pasado invocando lo recto y necesario de su comportamiento, se le intenta enjuiciar acusándole de la comisión de los graves crímenes que puede concebir la mente humana.

A los retos que se derivan de este tipo de situaciones, y los problemas que de ellas emanan, tratarán de responder los siguientes apartados, desde los parámetros y propuestas esbozadas al comienzo del Capítulo.

¹⁴⁷² Vid. POCAR, F.: "The Proliferation of International Criminals Courts and Tribunals. A Neccesity in the Current International Community", en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004, pág. 308.

¹⁴⁷³ Sobre este particular resultan de interés las reflexiones de PELLET, A.: "Internationalized Courts...", *op. cit.*

¹⁴⁷⁴ A este respecto, es interesante la lectura de ROHT-ARRIAZA, N.: "Combating Impunity: Some Thoughts on The Way Forward", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996, en especial su apartado II.B.

¹⁴⁷⁵ Sobre este concepto, además de lo ya comentado, no debe dejarse de consultar GARCÍA, P.: *El genocidio de Guatemala...*, *op. cit.*, en especial págs. 72-80, 369-376.

3. a) *La invocación del estado de necesidad.*

3.a. 1) *Concepto y requisitos.*

Antes de examinar la posibilidad de aplicar o invocar el estado de necesidad en las situaciones que aquí ocupan conviene recordar que aunque históricamente muy discutido¹⁴⁷⁶, el Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado ha acogido y admitido que éste, como todas las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento que de otro modo no sería de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado, encuentra su sustento básico en que la violación de una obligación internacional presupone la voluntad libre del sujeto, es decir, que la violación misma haya sido causada por la voluntad del Estado. Sin que ello deba interpretarse como una negación de la indiscutida “responsabilidad objetiva” internacional del Estado¹⁴⁷⁷, sino simplemente como el reconocimiento de que la violación del deber que impone el derecho internacional no puede ser apreciada de forma meramente mecánica, la concurrencia de alguna de estas circunstancias supondrá la inexistencia de la ilicitud del comportamiento, ya que desaparecerá el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, el incumplimiento de una obligación internacional¹⁴⁷⁸. Este hecho, advirtió con gran acierto la CDI, aunque lógicamente conllevará la inexistencia de toda responsabilidad internacional, no debe llevar a valorar o definir a estas circunstancias como meras eximentes de aquélla¹⁴⁷⁹.

Ahora bien, hay que señalar que estas circunstancias, que el estado de necesidad, como se dijo, no anulan ni dan por terminada la obligación internacional; tan sólo sirven de justificación del incumplimiento mientras subsisten las causas que le dan origen, debiendo reanudarse la observancia de la obligación tan pronto como desaparezcan los factores o causas que concurrieron para hacer posible su alegación. En este orden de ideas, ha de tenerse también en cuenta que en aquellas situaciones en que

¹⁴⁷⁶ Puede encontrarse un buen resumen de las posiciones doctrinales sobre esta cuestión en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, primera parte, págs. 45-47. Consúltense también, BOED, R.: “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 3, 2000, págs. 4-12; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 23-3. Sobre algunos de los problemas que se discutieron posteriormente, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1999, vol. II, segunda parte, págs. 87-89.

¹⁴⁷⁷ Sobre esta cuestión, recuérdese lo examinado en el apartado 1) del Capítulo introductorio, en especial véase la nota 26.

¹⁴⁷⁸ En este sentido, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario al Capítulo V del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, en especial págs. 169-174. En la doctrina, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de...*, *op. cit.*, págs. 362-363.

¹⁴⁷⁹ A este respecto, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1979, vol. II, segunda parte, pág. 128.

las condiciones que impiden el cumplimiento se aminoran gradualmente, es exigible, de ser ello posible, el cumplimiento parcial de la misma obligación¹⁴⁸⁰.

A este respecto, la CIJ, en el caso en que se conformó la principal configuración jurisprudencial respecto al estado de necesidad, señaló:

“...The Court moreover observes that, when it invoked the state of necessity in an effort to justify that conduct, Hungary chose to place itself from the outset within the ambit of the law of State responsibility, thereby implying that, in the absence of such a circumstance, its conduct would have been unlawful. The state of necessity claimed by Hungary — supposing it to have been established — thus could not permit of the conclusion that, in 1989, it had acted in accordance with its obligations under the 1977 Treaty or that those obligations had ceased to be binding upon it. It would only permit the affirmation that, under the circumstances, Hungary would not incur international responsibility by acting as it did...”

(...)

101. The Court will now turn to the first ground advanced by Hungary, that of the state of necessity. In this respect, the Court will merely observe that, even if a state of necessity is found to exist, it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a Treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist; it may in fact be dormant, but — unless the parties by mutual agreement terminate the Treaty — it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives”¹⁴⁸¹.

Aunque como se apuntó, esta configuración comporta importantes consecuencias de orden práctico-político, es ahora el momento de enfrentar el análisis de esta figura desde una perspectiva jurídica, con vistas a determinar su posible incidencia en lo que aquí ocupa.

El punto de partida, como no podría ser de otro modo, ha de ser el examen de los requisitos del estado de necesidad. El texto actual de referencia es el artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, a tenor del cual:

“1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

En primer lugar, de este articulado puede destacarse su enunciación en forma negativa -a diferencia de las demás causas previstas en el Proyecto que comienzan con *“la ilicitud de un hecho queda excluida...”*¹⁴⁸²⁻, de la cual se deriva un hecho ha tener presente para todo el análisis posterior: En la valoración del estado de necesidad se impondrá una interpretación especialmente restrictiva, rigurosa y estricta, cuyo fundamento se

¹⁴⁸⁰ Cfr. Artículo 27 a) del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, así como su Comentario.

¹⁴⁸¹ *Vid. Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia), I.C.J. Reports 1997, párrs. 48 y 101.*

¹⁴⁸² Véanse artículos 20-24 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

sitúa en la exagerada tendencia estatal a invocar esta circunstancia para excluir la ilicitud de los más diversos comportamientos en las más dispares situaciones¹⁴⁸³. Y es que en demasiadas ocasiones, como reproduce Pérez González, la alegación del estado de necesidad ha sido “*tan sólo un expediente creado para legalizar la arbitrariedad*”¹⁴⁸⁴; hasta tal punto, anótese, que aún en 1999 se defendió la supresión de esta circunstancia para evitar los abusos¹⁴⁸⁵.

Anotado esto, en una conceptualización inicial del estado de necesidad podría indicarse que esta circunstancia surge cuando existe un conflicto, momentáneamente irreconciliable, entre un interés esencial del Estado y una obligación internacional vinculante para él. Desde esta premisa, y refiriendo el análisis a las exigencias dispuestas en el artículo 25 del Proyecto, ha de destacarse de inicio que éstas han de valorarse como requisitos acumulativos, de tal suerte que la ausencia de uno solo de ellos obligará a descartar la posibilidad de invocación del estado de necesidad¹⁴⁸⁶.

Pasando a los requisitos concretos, en lo que aquí interesa la selección de esta causa de exclusión de la ilicitud bien podría justificarse, fundamentalmente, atendiendo al primero de ellos: la consideración del interés esencial que trata de salvaguardarse. Aunque como ha apuntado Gutiérrez Espada, esta mención no encuentra acomodo preciso en una norma de derecho internacional que estipule cuáles son esos intereses en concreto¹⁴⁸⁷, resulta ampliamente admitido que los mismos pueden concretarse, atendiendo a las circunstancias particulares, en un peligro grave para la existencia del Estado, su supervivencia política o económica, la preservación de la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, y/o el mantenimiento de su paz interna, entre otros. Esta amenaza, en todo caso, ha de provenir de un peligro grave e inminente, exigencia que habrá de establecerse objetivamente, y no ser percibida simplemente como posible; si bien, esta consideración no excluye que un peligro que se pueda producir a largo plazo pueda ser evaluado como inminente, siempre y cuando su realización sea cierta e inevitable¹⁴⁸⁸.

Junto a ello, y como una nota marcadamente diferenciadora de los casos de fuerza mayor, el Estado, al menos teóricamente, puede optar o no por ese comportamiento, resultando que para que el mismo sea encuadrable bajo el estado de necesidad debe constituirse en el único modo de conjurar el peligro grave e inminente en cuestión. Así, la justificación quedará excluida si existen otros medios (lícitos) disponibles, aunque los mismos puedan ser más costosos o menos convenientes, entendiendo además que todo comportamiento que vaya más allá de lo estrictamente

¹⁴⁸³ En este sentido, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, I.C.J. Reports 1997, párrs. 48 y 101., párr. 51. Para más datos, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentarios 2 y 13-15 al artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

¹⁴⁸⁴ Citado en PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La responsabilidad internacional (II)”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de...*, op. cit., pág. 833.

¹⁴⁸⁵ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1999, vol. II, segunda parte, pág. 88.

¹⁴⁸⁶ Cfr. *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, I.C.J. Reports 1997, párr. 51.

¹⁴⁸⁷ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de...*, op. cit., pág. 49.

¹⁴⁸⁸ Cfr. *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, I.C.J. Reports 1997, párr. 52.

necesario para conjurar ese peligro no podrá quedar comprendido bajo el estado de necesidad¹⁴⁸⁹.

La segunda condición prevista en este artículo exige que el comportamiento adoptado no vulnere gravemente intereses igualmente esenciales de otros Estados o de la Comunidad Internacional; esto es, que el interés que se quiera salvaguardar sea de mayor entidad que el o los que se vulnerarían¹⁴⁹⁰.

En el segundo apartado de este artículo se establecen bajo la severa fórmula de “en todo caso”, dos límites generales para la invocación del estado de necesidad. De un lado, que la obligación internacional de que se trate excluya explícita o implícitamente la invocación del estado de necesidad (como ocurre en algunas normas del DIDH¹⁴⁹¹ o del DIDH¹⁴⁹²), para lo que habrá que atender a lo expresado en las mismas, y/o analizar el fin y objeto de la norma/obligación; y por el otro, que un Estado no puede alegar el estado de necesidad si ha contribuido por acción u omisión, de forma sustancial, a que se produzca la situación de necesidad que lo justificaría¹⁴⁹³.

Finalmente, ha de apuntarse una última limitación tal y como se establece en el artículo 26 del Proyecto:

¹⁴⁸⁹ A este respecto, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 15 al artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

¹⁴⁹⁰ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 17 al artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Sobre este particular resulta interesante la lectura de la crítica de BOED, R.: “State of Necessity as a Justification for...”, *op. cit.*, en especial págs. 40-43.

¹⁴⁹¹ A este respecto, explica Sassòli: “En efecto, el derecho internacional humanitario se concibió para los conflictos armados, que son por definición situaciones de emergencia. Queda, pues, implícitamente excluido que se pueda alegar como defensa el estado de necesidad, excepto cuando alguna de sus normas disponga explícitamente otra cosa (por ejemplo, art. 33.2 del I Convenio de Ginebra, arts. 49.2 y 49.5, 53, 55.3 y 108.2 del IV Convenio y el art. 54.5 del Protocolo Adicional I). Así lo afirmó de manera categórica la CDI en su comentario del artículo 33, aprobado en primera lectura, y algunos de cuyos fragmentos merecen citarse: “La adopción de reglas de derechos humanos relativas a las operaciones de guerra se ha realizado con plena conciencia de que la “necesidad militar” es el criterio mismo de esta conducta. Los representantes de los Estados que formularon estas reglas se proponían imponer mediante ellas ciertos límites a los Estados (...). Quienes formularon estas reglas no tenían la intención de permitir que la necesidad de la guerra destruyera retrospectivamente lo que con tanta dificultad habían conseguido. Por otra parte, sabían perfectamente que el respeto de las restricciones previstas podría dificultar el éxito de una operación militar, pero si hubieran querido admitir estas restricciones solamente en el caso en que no dificultaran el éxito de una operación militar, lo habrían expresado abiertamente, o bien, lo que es más probable, habrían renunciado a su tarea, cuya utilidad sería en ese caso muy relativa. Los convenios en materia de derechos humanos se proponen subordinar, en ciertas esferas, el interés de la parte beligerante a un interés superior; (...) La CDI señala, con razón, que las consideraciones de necesidad militar “se tienen en cuenta en el contexto de la formulación e interpretación de las obligaciones primarias” del derecho internacional humanitario, sea como criterio subyacente de muchas de sus disposiciones fundamentales o explícitamente mencionado en algunas otras normas de derecho internacional humanitario. Se puede añadir que la necesidad militar también es un principio prohibitivo del derecho internacional humanitario, que excluye todo comportamiento que ocasione daños o sufrimientos innecesarios para obtener una ventaja militar.” Vid. SASSÒLI, M.: “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, Necesidad, párr. 1.

¹⁴⁹² En este sentido, REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, *op. cit.*, págs. 437-438. Para más datos, además de lo ya expuesto, véase apartado siguiente.

¹⁴⁹³ Para una crítica a anteriores propuestas de la CDI que precisamente, abogaba por la formulación actual, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de...*, *op. cit.*, págs. 51-55.

“Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.”

3.a. 2) Aplicación del estado de necesidad a los procesos de transición analizados.

El examen acerca de la posibilidad de invocar el estado de necesidad en situaciones como las que aquí interesan puede construirse desde varias perspectivas: una de ellas, la primera, centraría sus esfuerzos analíticos en lo dispuesto en el artículo 26 del Proyecto de la CDI, esto es, se pronunciaría sobre la naturaleza jurídica de las normas en liza, pues si se concluyera que éstas pertenecen al derecho imperativo, la alegación del estado de necesidad, o de cualquier otra circunstancia que excluyese la ilicitud, debería descartarse de plano. Frente a este enfoque, otra vía de estudio, la segunda, resultaría de confrontar todos y cada uno de los requisitos del estado de necesidad con las realidades concurrentes en las experiencias transicionales expuestas; recordando que la ausencia de una sola de estas exigencias impediría la aplicación del estado de necesidad.

Lo cierto es que en la doctrina no muchos se han ocupado de este particular, y los que lo han hecho, en mi opinión, no han desarrollado todos los argumentos posibles sobre el particular que aquí ocupa, con lo que estimo más adecuado escoger la segunda posibilidad referida, con vistas a intentar dar una respuesta global a esta cuestión¹⁴⁹⁴.

Comenzando con lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 25, esto es, la necesidad de que el comportamiento del Estado sea el único modo posible de salvaguardar un interés esencial estatal contra un peligro grave e inminente, conviene apuntar lo siguiente: En primer lugar, en situaciones como las que aborda el trabajo debe recordarse que es identificable la justificación de las medidas adoptadas (amnistías, indultos, etc.) como un intento de preservar a las incipientes democracias frente a los endémicos ataques y amenazas de parte de los integrantes de los anteriores regímenes militares. Aun oculta bajo alegaciones a la necesidad de reconciliación o de olvidar el pasado y encarar el futuro, los ejemplos expuestos permiten concluir que esta consideración y realidad es claramente constatable en estos períodos. Dicho de otro modo, aunque por razones políticas, como las ya referidas, no se individualice expresamente la amenaza hacia la nueva democracia, ésta es claramente predicable en estas circunstancias; y por tanto, ha de ser igualmente evaluada desde una perspectiva jurídica.

¹⁴⁹⁴ En este examen, no obstante, se excluirá lo referido al requisito del artículo 25.2. a) del Proyecto de artículos, pues este particular ya ha sido comentado en el primer apartado de este Capítulo.

De este modo, resulta adecuado valorar, en una caracterización siempre general, que las presiones del estamento militar, las amenazas de golpe de Estado, los “golpes de Estado técnicos” o, en su máximo exponente, los diversos levantamientos militares efectivos, colocan a estos Estados en una situación en la que alguno de sus intereses esenciales - ya su supervivencia política, ya mantenimiento de su paz interna, ya, incluso, la preservación del funcionamiento de sus servicios esenciales- se ven amenazados. Aun más, esta amenaza ha de reputarse como referida directamente, de forma explícita y desnuda, contra esos mismos intereses; resultando que tal y como se ha comprobado en los distintos ejemplos estudiados, la misma tiene un evidente carácter inminente.

Ahora bien, las dudas surgen respecto a la caracterización de la serie de medidas adoptadas como el único modo posible para salvaguardar esos intereses. Resulta probablemente aventurado afirmar que la única forma que tienen estos Estados para acabar con estas amenazas es garantizar la impunidad, de hecho o de derecho, de los responsables de los crímenes pasados; y es que la misma experiencia demuestra que incluso cuando ésta se ha asegurado, no por ello desaparecen las presiones, intentos o amenazas de golpe de Estado. Junto a los ejemplos ya reseñados, resulta pertinente la cita en este punto de la experiencia de mi propio país, España, donde la renuncia implícita a toda persecución penal¹⁴⁹⁵ no obstó para que miembros del estamento militar, a la postre, diseñaran, desarrollaran y pusieran en práctica un intento de golpe de Estado en 1981. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los problemas y retos que enfrentan las nuevas autoridades civiles frente a los “nostálgicos” miembros de las Fuerzas Armadas no se circunscriben a la sanción de los crímenes que cometieron, sino que presentan una enorme multiplicidad de temas y aristas. En todo caso, concentrando la argumentación en la exclusiva cuestión del castigo penal, ha de subrayarse que una

¹⁴⁹⁵ Aunque son medidas menos conocidas -o difundidas- ha de recordarse que en España se articularon diversas medidas relativas a la extinción de la responsabilidad penal -o de sus consecuencias- ya desde el Decreto n.º. 2940/75 de 25 de noviembre. En lo tocante a las amnistías como tal, al Real Decreto-Ley 10/76 de 30 de julio de 1976 le seguiría, ya con un gobierno democráticamente elegido, la anteriormente mencionada Ley 46/1977 de 15 de octubre, en la que se previó: “**Artículo Primero. I. Quedan amnistiados: a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal. La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior. Artículo Segundo. En todo caso están comprendidos en la amnistía: a) los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el código de justicia militar. b) la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos. c) los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional. d) los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación. e) los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley. f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.**” La negrita es mía.

cosa es que estas medidas puedan mitigar esa amenaza, debilitarla, o incluso ponerle fin, y otra muy diferente que las mismas sean el único modo en que el Estado puede hacerlo.

En este sentido, resulta pertinente la referencia a lo concluido por la CIJ en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*:

“The Court has, however, considered whether Israel could rely on a state of necessity which would preclude the wrongfulness of the construction of the wall. (...) One of those conditions was stated by the Court in terms used by the International Law Commission, in a text which in its present form requires that the act being challenged be “the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril” (Article 25 of the International Law Commission’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; see also former Article 33 of the Draft Articles on the International Responsibility of States, with slightly different wording in the English text). In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction.

141. The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens. The measures taken are bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law”¹⁴⁹⁶.

De este modo, aunque de las medidas adoptadas pueda reputarse cierta utilidad, el punto crucial en el examen ha de ser si existen otros comportamientos estatales para conjurar esa amenaza grave e inminente. De ser ello posible, la invocación del estado de necesidad estará y será injustificada.

En este orden de ideas, habrá de valorarse también lo expuesto por Zaffaroni en la sentencia de la Corte Suprema de Argentina que declaró inconstitucionales las leyes de “punto final” y “obediencia debida”:

“... el argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no resiste mayor análisis. Sin perjuicio de reconocer que se planteaba una situación delicada en esos momentos, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema –como tampoco el acierto o desacierto de la sanción de estas leyes para resolverla–, es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y eso es materia corriente en la política de cualquier Estado. Abrir la puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable. Si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarreen ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad”¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁶ Vid. *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párrs. 140-141.

¹⁴⁹⁷ Vid. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005, Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni, párr. 23; véase igualmente, Voto del Señor Ministro Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti, párr. 28.

En definitiva, de todo lo expuesto en este trabajo puede extraerse que no es adecuado considerar la impunidad fáctica o jurídica como el único modo al que pueden acudir los Estados para garantizar sus intereses esenciales. No obstante, si el examen se limitase a un escenario en el que 1) las diversas amenazas o intentos de golpe de Estado se justificasen exclusivamente en la exigencia de impunidad; 2) los (potenciales) golpistas sólo aceptarían ésta para no derrocar a las autoridades civiles; y 3) las nuevas y débiles democracias no tuvieran ningún otro medio o manera para abortar tales amenazas, quizá pudiera valorarse como cumplido este primer requisito. Por mera precaución analítica, entonces, convendrá examinar el resto de exigencias previstas para hacer viable la invocación del estado de necesidad aun en estas situaciones extremas, probablemente más propias de un laboratorio que de la realidad general examinada.

En esta labor convendrá entonces hacer mención a lo previsto en el apartado 2.b) del artículo 25 del Proyecto de la CDI. Como se vio, a tenor de esta disposición si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad éste no podrá operar como circunstancia que excluya la ilicitud; siendo que es ésta precisamente la causa generalmente alegada para descalificarlo en estos contextos¹⁴⁹⁸, pues las presiones y amenazas examinadas son realizadas, justamente, por órganos cuyo comportamiento es atribuible al Estado, las Fuerzas Armadas¹⁴⁹⁹. Sobre este particular, conviene aclarar que incluso si esas acciones, como es el caso, son el resultado de un comportamiento *ultra vires*, la conclusión ha de ser idéntica, en tanto que es evidente que los miembros del estamento militar que así actúan lo hacen en su calidad oficial, y no como meros particulares¹⁵⁰⁰; resultando, tal y como indica la CDI, un elemento notoriamente aclaratorio que el comportamiento sea sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él, y debería haber tomado medidas para impedirlo¹⁵⁰¹.

En relación con lo anterior, puede ser pertinente recordar también que ya el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra establecía la responsabilidad internacional de los Estados Parte por todos los actos cometidos por las personas que integrasen sus Fuerzas Armadas¹⁵⁰²; principio reiterado por la jurisprudencia internacional, por ejemplo desde la primera sentencia de la Corte IDH:

“169. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario

¹⁴⁹⁸ Consúltense, en sentido, AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, pág. 133; ROHT-ARRIAZA, N.: “Special Problems...”, *op. cit.*, pág. 63; ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, pág. 415.

¹⁴⁹⁹ Véase artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

¹⁵⁰⁰ Cfr., artículo 7 y comentarios 1-7 a ese artículo del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Sobre esta cuestión, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas...*, *op. cit.*, pág. 544. Cuestión radicalmente distinta, y ajena a las circunstancias de este análisis, sería el caso de los movimientos insurreccionales, sobre cuyas implicaciones debe consultarse el trabajo de RUIZ COLOMÉ, M. A.: *Guerras civiles y guerras coloniales. El problema de la responsabilidad internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.

¹⁵⁰¹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario 8 al artículo 7 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.

¹⁵⁰² Cfr., artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

170. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

171. El mencionado principio se adecua perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención”¹⁵⁰³.

De este modo, aunque se quisieran reconducir situaciones como la expuesta hacia el estado de necesidad, tal operación enfrentaría un claro obstáculo sólo salvable si fuesen grupos de presión particulares los que amenazan el o los intereses esenciales del Estado, esto es, fuesen estos grupos los que atentasen contra la supervivencia política, el mantenimiento de la paz interna, o la preservación del funcionamiento de los servicios esenciales del Estado. Esta posibilidad, además de más que alejada de las experiencias analizadas, debería materializarse a través de unos grupos de tal fuerza y entidad que pudieran imponerse efectivamente sobre todo el aparato del Estado, no quedándole a éste otra alternativa que plegarse ante esas amenazas para conjurar el peligro grave e inminente; pues la falta de oposición de, por citar el ejemplo más extremo, las Fuerzas Armadas a tales comportamientos debería ser caracterizado igualmente como una contribución a que se produzca el estado de necesidad. En definitiva, y volviendo a las experiencias examinadas a lo largo de este trabajo, debería estarse ante la amenaza o intento de golpe de Estado de un grupo de particulares que ni las mismas Fuerzas Armadas pudieran conjurar.

Por tanto, a pesar de la posición límite en que puede colocarse a las nuevas autoridades por las evidentes presiones y amenazas detectadas, no parece posible encontrar un sustento jurídico para la figura del estado de necesidad, sino es a través de un ejercicio de alquimia jurídica que caracterizase las situaciones de hecho a la medida de lo que se exige en el Proyecto de la CDI. Como no es éste el ánimo de este trabajo, habrá que concluir que el estado de necesidad no es jurídicamente invocable en estos casos; máxime si se tiene presente que en el análisis e interpretación de sus requisitos no cabe más que un enfoque marcadamente restrictivo y riguroso, tal y como se ha justificado.

Esta conclusión hará irrelevante toda consideración sobre lo dispuesto en el artículo 26 del Proyecto—así como, aun en parte, de lo previsto en el artículo 25.1. b)-, permitiendo sortear además el complejo, polémico y sensible tema de las normas de derecho imperativo. No obstante, en el presente trabajo ya me he manifestado sobre esta cuestión, con lo que consecuentemente habrá de reiterarse aquí lo ya expresado.

¹⁵⁰³ Vid. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4, párrs. 169-171.

Conviene advertir que los autores que han abordado este último particular, básicamente han adelantado, o seguido, el argumento esgrimido en algunas de las decisiones judiciales mencionadas en la primera Parte de este estudio. Así, el razonamiento general se ha sustentado en el carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad, genocidio, o tortura, extendiendo desde esta base la misma consideración a las obligaciones de sancionar estos comportamientos. Ésta es, por ejemplo, la posición de especialistas como Ambos¹⁵⁰⁴, Orentlicher¹⁵⁰⁵, o Roht-Arriaza¹⁵⁰⁶. De forma más directa, una experta como Abellán Honrubia ha calificado la violación grave, sistemática y masiva del derecho a un recurso efectivo –en concreto lo que ella denomina como “denegación permanente de justicia”– como un “crimen internacional”¹⁵⁰⁷, de lo que se extraería que este derecho está referido a una obligación de naturaleza imperativa.

En realidad, esta serie de manifestaciones requieren dos comentarios diferenciados:

En primer lugar, aunque existen algunas resoluciones recientes en las que poder fundamentar las primeras opiniones, y a pesar de que siguen una lógica tan intachable como plausible, ya se subrayó que este tipo de interpretaciones extensivas en un ámbito como el *ius cogens* resultan poco adecuadas. Esto no significa negar la posibilidad de una progresiva consolidación de este (deseable) criterio en la Comunidad Internacional, tan sólo constata que ante el desarrollo actual del derecho internacional esta afirmación carece de un sustento identificable fuera de toda duda; sustento, y consenso estatal, que si no se pierde de vista la, por lo demás, ciertamente tautológica definición del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es la pieza clave para poder calificar una obligación como imperativa.

De este modo, aunque resulta evidente que una norma convencional concluida para perpetrar un crimen de derecho internacional sería nula por opuesta al *ius cogens*, los tratados internacionales que consignan la exclusión de la responsabilidad penal –por ejemplo dentro de un acuerdo de paz– si bien pueden ser contrarios, bajo los parámetros señalados, al derecho convencional, o incluso consuetudinario, en lo tocante al derecho perentorio no parece existir evidencia indubitada para defender idéntica conclusión.

El segundo comentario anunciado debe dirigirse a que tanto las primeras posiciones señaladas como, especialmente, la de Abellán Honrubia, se apoyan en la consideración de los derechos individuales en juego –derecho a la justicia en sentido amplio– como no susceptible de suspensión en ninguna circunstancia; valoración que invocan para justificar su tesis final sobre el carácter de derecho imperativo. Esta línea argumental se adentra en el ámbito de la suspensión del ejercicio de derechos y garantías, haciendo posible, de otro lado, conectar lo explicado con lo que se abordará

¹⁵⁰⁴ Cfr. AMBOS, K.: *Impunidad...*, *op. cit.*, pág. 133.

¹⁵⁰⁵ Cfr. ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, págs. 399-401, 413.

¹⁵⁰⁶ Cfr. ROHT-ARRIAZA, N.: “Special Problems...”, *op. cit.*, pág. 63.

¹⁵⁰⁷ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Impunidad de...”, *op. cit.*, págs. 197-199.

en los siguientes apartados. Por ello, será entonces cuando volveré sobre esta última alegación, siendo posible de este modo cerrar todo el análisis de forma más satisfactoria.

3. b) La suspensión del ejercicio de derechos y garantías en “situaciones excepcionales”.

3.b. 1) Caracterización.

“When a State is struggling against a public emergency threatening the life of the nation, it would be rendered defenceless if it were required to accomplish everything at once, to furnish from the outset each of its chosen means of action with each of the safeguards reconcilable with the priority requirements for the proper functioning of the authorities and for restoring peace within the community”¹⁵⁰⁸.

Esta formulación del TEDH recoge la esencia de las diversas cláusulas previstas en los instrumentos jurídicos del DIDH para suspender la aplicación de algunas garantías o el ejercicio de algunos derechos¹⁵⁰⁹ en determinadas circunstancias. Sobre la base del evidente deseo de lograr una aceptación de estos convenios lo más universal posible, estas disposiciones pretenden compatibilizar la protección de los derechos inherentes al ser humanos con las situaciones de emergencia pública y la

¹⁵⁰⁸ Vid. *Caso Ireland v. The United Kingdom, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de enero de 1978, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 220.

¹⁵⁰⁹ Ante la multiplicidad de enunciados existentes sobre este particular –que llegan hasta el impropio uso del concepto de “derogación”–, ha de aclararse desde el principio la verdadera naturaleza de este figura; resultando de gran utilidad lo explicitado por la Corte IDH: “El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es “Suspensión de Garantías”; el párrafo primero habla de “suspend(er) las obligaciones contraídas”; el párrafo segundo de “suspensión de los derechos”; y el párrafo tercero de “derecho de suspensión”. Cuando la palabra “garantías” se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las “garantías judiciales indispensables”. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.” Vid. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párr. 18. Sobre esta cuestión, consúltese también SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *Derecho Internacional y...*, op. cit., págs. 274-275. La misma Corte finalmente opta por utilizar la expresión “suspensión de garantías” para facilitar su exposición, decisión que igualmente adoptaré en este apartado por idénticas razones.

preservación de los valores de la sociedad en su conjunto¹⁵¹⁰; insertándose, por tanto, en los textos convencionales recogidos a lo largo de este trabajo¹⁵¹¹.

Así, en el artículo 4 del PIDCP se establece:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.”

Por su parte, el CEDH dispone en su artículo 15:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

Finalmente, el artículo 27 de la CIDH prevé:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud

¹⁵¹⁰ En este sentido, SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 de julio de 1982, párrs. 36-37.

¹⁵¹¹ La única excepción en este punto es la Carta ADHP; ausencia justificada por la amplitud de sus cláusulas limitativas de los derechos que contiene. Para más datos, consúltese el “Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances”, Ginebra 17-19 de mayo de 1995, párr. 21; documento anexo a SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Eighth...”, *doc. cit.*

de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

De este modo, la suspensión de garantías constituye una salvaguardia según la cual –por conceptualmente paradójico que pudiera parecer- en determinadas circunstancias resulta lícito para el gobierno aplicar medidas restrictivas a ciertos derechos y libertades, que en condiciones normales estarían prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos¹⁵¹².

Ahora bien, si ya se han denunciando los abusos respecto a la invocación del estado de necesidad, en relación con la caracterización de las “situaciones excepcionales” que pueden dar lugar a la suspensión de garantías, la práctica ha sido verdaderamente alarmante. Los ejemplos examinados en el Capítulo VIII ya pusieron de manifiesto el recalcitrante recurso a la congelación del ejercicio de derechos bajo esta figura –ya bajo el rótulo de “estado de sitio”, “estado de guerra”, “estado de emergencia”, o cualquier otra formulación más imaginativa-; resultando que si entre 1950 y 1960 se declararon más de cien estados de sitio en el Continente americano¹⁵¹³, hacia finales del decenio de 1970, como advirtió el Relator Especial Despouy, más de dos tercios de los países iberoamericanos se encontraban bajo “estados de emergencia”¹⁵¹⁴.

En cierto modo, este estado de cosas puede comprenderse mejor si se tienen presentes las diferencias, e incluso los distintos planos conceptuales, en los que

¹⁵¹² En este sentido, véase *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párr. 24.

¹⁵¹³ Cfr. MEDINA QUIROGA, C.: *The Battle...*, *op. cit.*, pág. 105.

¹⁵¹⁴ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 31. Para una visión de conjunto, véase ZOVATTO, G.: *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en la América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, en especial su primer capítulo.

prioritariamente operan el estado de necesidad y las circunstancias examinadas en este momento. A este respecto, resulta adecuado recordar que en el sistema europeo está ampliamente admitido, como ha señalado el TEDH, que:

*“... it falls to each Contracting State, with its responsibility for “the life of [its] nation”, to determine whether that life is threatened by a “public emergency” and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities”*¹⁵¹⁵.

No obstante, esto de ningún modo significa que los Estados tengan una discrecionalidad (jurídica) absoluta en la apreciación de estas circunstancias¹⁵¹⁶; resultando de otro lado evidente, que al margen de las desviaciones/perversiones identificadas en la invocación de esta figura, en lo que aquí ocupa es fundamental establecer con la mayor claridad posible los requisitos necesarios para hacer lícita la suspensión de garantías, con vistas a poder determinar la viabilidad jurídica de la misma en los procesos que aquí interesan.

En esta labor conviene apuntar de inicio que aunque el Com.DH ha considerado como condiciones fundamentales que la situación sea de un carácter tan excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción¹⁵¹⁷, a mi entender la cuestión prioritaria a atender debe ser que toda suspensión ha de estar orientada a contribuir efectivamente a la restauración del orden público violentado¹⁵¹⁸, pues, a la postre, el intrínseco carácter temporal de esta medida dirige, en buena lógica, a esta conclusión. A este respecto, y aun en relación con las limitaciones al ejercicio de determinados derechos, la CIJ recientemente ha manifestado que no es solamente necesario que las restricciones vayan dirigidas a los fines autorizados, deben también ser adecuadas para alcanzar tales fines¹⁵¹⁹.

Con todo, en líneas generales se han resumido en cinco las exigencias básicas que deben concurrir para invocar el “estado de emergencia” -y en consecuencia hacer

¹⁵¹⁵ Vid. *Caso Aksoy v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 68. Sobre este particular, consúltese también COMMITTEE OF EXPERTS FOR THE DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS (DH-DEV): “Problems of implementation of article 15 of the European Convention on Human Rights from the perspective of the relevant echr case-law”, DH-DEV(2002)004, 29 de noviembre de 2002, párrs. 28-31 (disponible en http://www.coe.int/T/E/Human_rights/cddh).

¹⁵¹⁶ Como no podría ser de otro modo, el mismo TEDH lo reconoce inmediatamente tras afirmar lo antes reproducido. Cfr. *Caso Aksoy v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, párr. 68.

¹⁵¹⁷ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 29 sobre el artículo 4”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 2.

¹⁵¹⁸ En este sentido, WALKATE, J. A.: “The Human Rights Committee and Public Emergencies”, en *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, núm. 1, 1982, en especial pág. 134.

¹⁵¹⁹ Cfr. *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>, párr. 136.

posible la suspensión de garantías:- 1) La amenaza excepcional. 2) La proporcionalidad de las medidas adoptadas¹⁵²⁰. 3) La intangibilidad de ciertos derechos¹⁵²¹. 4) La compatibilidad con el resto de obligaciones impuestas por el derecho internacional. Y 5) la proclamación y notificación del estado de emergencia. A todas ellas cabría agregar un sexto condicionante, que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Estas notas generales adquieren en el sistema interamericano un perfil propio¹⁵²², al que obviamente atenderé prioritariamente; siendo necesaria, en todo caso, la consideración de lo dispuesto esencialmente en el ámbito universal por los específicos motivos que se expondrán a continuación.

En primer lugar debe destacarse que frente a lo dispuesto en el PIDCP o el CEDH, las situaciones que dan lugar a la suspensión de garantías en la CIDH son marcadamente más amplias, vagas y hasta susceptibles de mayores arbitrariedades; realidad que se justificaría por las propias particularidades de la región en el momento en que se redactó este instrumento¹⁵²³. Advirtiendo esta circunstancia, Buergenthal ha señalado que para evitar abusos ante la formulación finalmente recogida por la CIDH, resulta imperioso atender a una interpretación del concepto de “peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” acorde a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Convención, teniendo especialmente presente que en el primer párrafo del Preámbulo de esta norma se explicita el propósito de consolidar en el Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del ser humano¹⁵²⁴.

No sorprenderá por ello que apenas dos años después, la Corte IDH, presidida por el mismo Buergenthal, relacionara ambas circunstancias afirmando que:

“La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en

¹⁵²⁰ Aunque generalmente se entiende incluido en este requisito la exigencia de temporalidad, esto es, que la suspensión debe durar únicamente el tiempo estrictamente limitado a la exigencia de la situación, la Com.IDH la considera separadamente. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 48/00, Walter Humberto Vásquez Vejarno, Perú, caso 11.166”, 13 de abril de 2000, párrs. 35-36.

¹⁵²¹ Algunos autores han criticado el tratamiento unitario de este concepto, pues en su opinión, su significado e incluso contenido varía dependiendo del criterio de análisis elegido para su examen. Sobre esta particular, véase KOJI, T.: “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, en *EJIL*, vol. 12, n°. 5, 2001, en especial págs. 921-924.

¹⁵²² Junto a lo apuntado en la nota 1520, sobre la cuestión en general, ZOVATTO, G.: *Los Estados de Excepción y los Derechos...*, en especial su capítulo IV.

¹⁵²³ Sobre este particular, ORÁA ORÁA, J.: *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, págs. 15-16.

¹⁵²⁴ Cfr. BUERGUENTHAL, T.: “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en MERON, T. (ed.): *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford University Press, Nueva York, 1985, págs. 449-450.

nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. (...) La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”¹⁵²⁵.

No obstante, si los Estados que aquí se analizan se encuentran vinculados por esta valoración de las situaciones que pueden dar lugar a la suspensión de garantías, es obvio que también lo están respecto a la más restrictiva formulación del artículo 4 de la PIDCP; resultando que si se aúnan ambas para conformar un parámetro de análisis global, la suspensión de garantías quedaría como una figura que sólo podrá ser operativa en casos en que se ponga en peligro la vida de la nación, entendida ésta desde parámetros democráticos.

Aceptando lo anterior, la pregunta es inmediata: ¿cuáles son esas situaciones que ponen en peligro la vida de la nación? Para responder a este interrogante lo primero a tenerse en cuenta es la pertinencia de caracterizar esas situaciones, en la medida de lo posible, con patrones similares a los ya examinados para el estado de necesidad. Así, la Com.IDH ha sostenido que estas circunstancias deben amenazar de forma grave, real e inminente la vida de la nación¹⁵²⁶; y en sentido similar aunque más desarrollado, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos definió estas situaciones en el caso *Lawless v. Ireland* como aquéllas que comportan un peligro excepcional e inminente, o una crisis que afecte a la sociedad, no sólo a un grupo particular, y constituyan una amenaza para la vida de la comunidad que compone el Estado en cuestión¹⁵²⁷. Posteriormente, la Comisión, reiterando lo expuesto, ha destacado especialmente la necesidad de que la amenaza involucre a toda la nación, a la vida organizada de ésta¹⁵²⁸.

Ahora bien, concurriendo estos caracteres generales sigue irresoluta la pregunta sobre las concretas situaciones que pueden considerarse como una amenaza a la vida de la nación así definida. A este respecto, el Com.DH¹⁵²⁹ no se pronuncia en su Observación General, más allá de una vaporosa demanda de que los Estados Partes que consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es

¹⁵²⁵ Vid. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párr. 20.

¹⁵²⁶ Véase, por ejemplo, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 48/00...”, *doc. cit.*, párr. 65.

¹⁵²⁷ Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: *Case Lawless v. Ireland*, Report of the Commission of 19 December 1959, Series B (1960-61), párr. 90.

¹⁵²⁸ Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: *Greek case*, Report of the Commission of 18 November 1969, Yearbook of the European Convention on Human Rights, vol. 12, 1969, párr. 153.

¹⁵²⁹ Para una inducción a partir de las diversas decisiones emitidas en casos particulares, COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de...*, *op. cit.*, págs. 426-429.

necesaria y legítima en las circunstancias del caso¹⁵³⁰. Por ello, en esta caracterización general resultará adecuado referirse al décimo informe del Relator Especial Despouy: *"Without placing undue emphasis on or excluding any particular situation, this study covers all emergency situations resulting from a serious crisis of the sort which affects the population as a whole and which jeopardizes the very existence of the community organized on the basis of the State. In essence (...) this interpretation comes closest to the concept of "public emergency" employed in articles 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights and 15 of the European Convention on Human Rights respectively and of "public danger" employed in article 27 of the American Convention on Human Rights, which constitutes a sine qua non or prerequisite for a state of emergency to be declared. Thus, both international war and internal armed conflicts, just as states of tension or domestic disturbances caused by political, economic, social or cultural factors, when accompanied by clashes, acts of violence, vandalism, inter-ethnic confrontations, terrorist attacks, etc. and provided they represent an actual or at any rate imminent threat to the community as a whole, constitute a "public danger" or "public emergency" in the meaning conferred on those terms by the international instruments referred to above. 35. This interpretation conforms to the preparatory discussions which took place concerning Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and which excluded neither natural disasters (such as earthquakes, cyclones, etc.) nor environmental catastrophes from among the causes of a public emergency provided they were on such a scale as to jeopardize the community..."*¹⁵³¹.

Aclarado este particular, en cuanto a la proporcionalidad requerida, esto es, que las medidas adoptadas una vez declarado el "estado de emergencia" estén estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, ha de valorarse 1) que las mismas sean adecuadas para desempeñar su función protectora; 2) que sean el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado; 3) que guarden proporción con el interés que debe protegerse¹⁵³²; y 4) que no suponga la suspensión innecesaria del ejercicio de (ciertos/otros) derechos¹⁵³³. Debiendo subrayarse que estas consideraciones han de estar referidas tanto a la duración como al ámbito geográfico y el alcance material de las disposiciones decretadas¹⁵³⁴.

De forma resumida, todo lo anterior puede concentrarse en una de las aseveraciones del "Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances": *"Assuming the existence of an emergency which poses a grave and imminent threat to the life of the nation, the principle of necessity is*

¹⁵³⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General No. 29...", *doc. cit.*, párr. 3.

¹⁵³¹ *Vid.* SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Tenth...", *doc. cit.*, párrs. 34-35.

¹⁵³² Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General No. 27 sobre el artículo 12", Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 14.

¹⁵³³ Aunque esta condición se deduce de las anteriores, es expresamente mencionada por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Informe N°. 48/00...", *doc. cit.*, párr. 36.

¹⁵³⁴ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General No. 29...", *doc. cit.*, párr. 4.

the most relevant standard for determining the legality, under international law, of emergency measures affecting rights not classified as non-derogable"¹⁵³⁵.

Con relación a la imposibilidad de suspender el ejercicio de determinados derechos/garantías¹⁵³⁶, apuntando la existencia de previsiones relevantes en la CCT¹⁵³⁷, la CICT¹⁵³⁸ y la CIDFP¹⁵³⁹, debe valorarse de inicio que aunque el listado de la CIDH es más exhaustivo que el previsto en el PIDCP -o el CEDH-, ello se explica por la ya advertida amplitud de situaciones que la misma CIDH prevé para la invocación del "estado de emergencia". Aunque se ha argumentado que la inclusión de unos u otros derechos/garantías responde a la importancia que en cada sistema se les otorga, o ha otorgado, así como a que a la postre resulta inconcebible que incluso en situaciones excepcionales sea necesario suspender alguno de ellos¹⁵⁴⁰, tanto de la doble vinculación internacional de los Estados considerados -al PIDCP y la CIDH- como del condicionante referido bajo el numeral cuatro, esto es, la compatibilidad con el resto de obligaciones impuestas por el derecho internacional¹⁵⁴¹, debe extraerse la necesidad de atender al listado más restrictivo de la Convención Interamericana.

No obstante, en lo que aquí interesa, precisamente es sólo este último instrumento convencional el que menciona la expresa prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos cuyo ejercicio es igualmente no susceptible de suspensión¹⁵⁴²; lo que no debe ocultar, en todo caso, que el Com.DH ha aclarado que siendo inherente a la protección de los derechos mencionados en el artículo 4.2 del PIDCP el hecho de que deben ser asegurados mediante garantías procesales de carácter judicial, éstas no podrán ser objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de aquéllos¹⁵⁴³.

¹⁵³⁵ *Vid.* "Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances", Ginebra 17-19 de mayo de 1995, párr. 12; documento anexo a SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Eighth...", *doc. cit.*

¹⁵³⁶ Sobre este particular debe tenerse igualmente en cuenta lo apuntado tanto en el documento citado en la nota anterior (especialmente en su párr. 17), como en COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General No. 29...", *doc. cit.*, párr. 6.

¹⁵³⁷ Véase artículo 2.2.

¹⁵³⁸ Consúltese artículo 5.

¹⁵³⁹ Véase artículo 10.

¹⁵⁴⁰ Cfr. LILICH, R. B.: *International Human Rights. Problems of Law, Policy and Practice*, Little, Brown and Company, Boston, 1991, pág. 851. Sobre este cuestión referida al DIH, consúltese MERON, T.: *Human Rights in internal strife: Their international Protection*, Oxford Clarendon Press, Cambridge, 1989, págs. 23-26.

¹⁵⁴¹ Anótese que pese a la importancia de este requisito, el mismo parece haber jugado sólo un papel secundario a la vista de la práctica de algunos órganos internacionales. Cfr. MOKHTAR, A.: "Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights", en *IJHR*, vol. 8, núm. 1, 2004, págs. 74-75.

¹⁵⁴² Sobre las razones que justificaron la ausencia de una cláusula similar en el CEDH o el PIDCP, COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de...*, *op. cit.*, págs. 467-470.

¹⁵⁴³ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General No. 29...", *doc. cit.*, párr. 15.

Ahora bien, centrando el análisis en la cuestión clave, esto es, en la indagación de las garantías judiciales que podrían afectar al castigo de los crímenes pasados, ha de considerarse que aunque en principio se ha conectado lo previsto en el artículo 27.2 de la CIDH con la protección contra la detención arbitraria¹⁵⁴⁴, posiblemente sea la argumentación de la Corte IDH en su opinión consultiva sobre *el Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* el texto que de forma más completa presenta las implicaciones de esta excepción. Así, para la Corte:

“... El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.

28. La determinación de qué garantías judiciales son "indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales "indispensables" para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

29. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.

30. Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”¹⁵⁴⁵.

En consecuencia, la Corte considera que son los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo¹⁵⁴⁶ los que se encuentran entre aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2; procesos además, dirá también la Corte, que sirven para preservar la legalidad en una sociedad democrática¹⁵⁴⁷. Por tanto y en consecuencia, su suspensión resultaría prohibida en todo caso.

A este respecto, es también ilustrativo lo dispuesto en el ya mencionado artículo 10 de la CIDFP:

“En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales

¹⁵⁴⁴ Cfr. FITZPATRICK, J.: *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994, págs. 65-66.

¹⁵⁴⁵ Vid. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párrs. 27-30.

¹⁵⁴⁶ Ante la diversidad de instituciones existentes bajo esta denominación, conviene aclarar que el contenido del recurso de amparo en este ámbito se refiere a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la CIDH; esto es, un procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las Constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención.

¹⁵⁴⁷ Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8, párr. 42.

rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva. En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.”

Con todo, apenas unos meses más tarde de la primera opinión consultiva citada, la Corte desarrollaría su línea argumental incluyendo explícitamente también a aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Partes¹⁵⁴⁸. No obstante, nada se dijo en esta instancia respecto a las garantías relativas al castigo de los crímenes pasados.

Para acabar esta breve caracterización, apuntar finalmente que las dos últimas exigencias, la proclamación y notificación del “estado de emergencia”, y la prohibición de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, no presentan retos significativos en lo que al presente análisis concierne; con lo que bastará recordar la necesidad de su concurrencia para que la suspensión de garantía se conforme con los requisitos dispuestos por el derecho internacional.

3.b. 2) La viabilidad de la suspensión de garantías en los procesos de transición.

El análisis realizado respecto al estado de necesidad facilita sustancialmente el exigido en este apartado, pues muchas de las consideraciones realizadas entonces son aplicables en este momento.

Como punto de partida habría de evaluarse si circunstancias como las ya referidas pueden ser reputadas como un peligro grave, real e inminente, para la vida de la nación; debiendo añadirse a la conclusión afirmativa ya alcanzada respecto al estado de necesidad el papel protagónico que desempeña la preservación de los valores superiores de la sociedad democrática en el presente escrutinio. De este modo, aunque toda conclusión debe adecuarse al escrutinio de cada caso particular, puede convenirse en líneas generales en que las amenazas de golpe de Estado, los “golpes de Estado técnicos”, o los diversos levantamientos militares efectivos pueden colocar a estos países en situaciones en que la vida de toda la nación, la vida organizada de la misma comunidad, peligro realmente; máxime si se tiene en cuenta que lo que amenazan estos comportamientos es el propio sistema democrático, cuya protección se erige en pieza clave de análisis.

¹⁵⁴⁸ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 9, párrs. 34-38.

Adicionalmente, el pasado reciente ofrece un buen ejemplo de esta aseveración. El 24 de febrero de 2006 la Presidente Macapagal Arroyo decretó el estado de sitio tras descubrir y abortar una trama que pretendía dar un golpe de Estado y hacerse con el poder coincidiendo con el vigésimo aniversario de la caída del dictador Ferdinand Marcos. En su discurso televisado, la Presidenta declaró: *“He decretado el estado de emergencia debido al claro peligro actual para nuestra República que hemos descubierto y neutralizado”*¹⁵⁴⁹.

Aceptado esta posibilidad teórica, y asumiendo la concurrencia de la notificación y no discriminación exigidas, surgen ahora problemas más complejos de solventar, referidos a 1) la proporcionalidad, 2) la compatibilidad con el resto de obligaciones impuestas por el derecho internacional, y 3) la prohibición de suspender el ejercicio de determinados derechos.

En cuanto a la primera cuestión, frente a lo reseñado para el estado de necesidad, en estos casos no se exige que las medidas pretendidas sean el único modo de conjurar el peligro grave e inminente, sino que éstas se conformen con la serie de requisitos mencionados; en definitiva, que sean las efectivamente necesarias para contribuir a la restauración del “orden público” amenazado.

Así, por no reiterar lo ya expuesto, si se retoma el ejemplo extremo caracterizado al hilo del análisis del estado de necesidad, es decir, aquél en el que las demandas de aquéllos que amenazan con el golpe de Estado —o que efectivamente lo han iniciado— se circunscriben a la impunidad por sus actos, y se confronta la suspensión de las garantías judiciales referidas a los crímenes cometidos en el pasado con este conjunto de exigencias, *a priori* pudiera señalarse: 1) Que las mismas pueden ser adecuadas para conjurar el peligro y cumplir la función protectora ya referida; 2) que pueden resultar menos perturbadores que otras medidas requeridas para enfrentar a sectores muy numerosos de las Fuerzas Armadas; 3) que son proporcionales al fin que se quiere proteger, pues en este caso es el mismo sistema democrático; y 4) que no suponen suspender innecesariamente otros derechos, pues se limitan a las acciones judiciales para perseguir los crímenes pasados.

Ahora bien, habiendo incluido la “temporalidad” dentro de este primer requisito, el problema práctico de esta posibilidad se encontraría en la duración de la “situación excepcional” y, en consecuencia, de la suspensión de garantías. Al haberse apuntado ya esta cuestión al comienzo del presente Capítulo, en este caso cabría tan recordar lo ya expuesto entonces.

Si se refiere ahora el examen al segundo y tercer requisitos planteados, esto es, la compatibilidad con el resto de obligaciones impuestas por el derecho internacional y la prohibición de suspender el ejercicio de determinados derechos, lo primero que resulta evidente es que al haber descartado ya la posibilidad de aplicación del estado de necesidad, si, de un lado, se recuerda que la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos pertenece también al derecho consuetudinario,

¹⁵⁴⁹ *Vid.* Diario el Universal, sábado 25 de febrero de 2006.

las dificultades se multiplican exponencialmente, y del otro, si se no olvida que la mayoría de crímenes cometidos en estos países fueron en realidad crímenes contra la humanidad -y en menor medida genocidio-, la viabilidad jurídica de la invocación de la suspensión de garantías se va reduciendo progresivamente.

A este último respecto, apuntar al menos que podría alegarse que la advertida carencia de tipificación interna de estos crímenes de derecho internacional podría dotar de una mayor eficacia a esta medida, pues la suspensión de garantías vendría referida, a la postre, a procesamiento por delitos comunes, eludiendo los obstáculos expuestos. Sin embargo, ya se ha señalado que esta ausencia de tipificación interna no puede ser valorada positivamente en ningún caso, pues la misma compromete la responsabilidad internacional de estos Estados, con lo que esta posible vía de análisis ha de ser totalmente descartada en este trabajo. Si, no obstante, existiera alguna tentación de seguir este camino, no cabría más que alegar que el mismo no haría más que redirigir la presión y amenaza de los miembros del estamento militar hacia la no recepción de los crímenes de derecho internacional en la legislación interna de estos países; esto es, hacia la perpetuación de un hecho ilícito internacional sobre el que, es evidente, tampoco podría operar el estado de necesidad por las razones ya expuestas.

Con todo, el lector atento habrá advertido que a pesar de esta serie de dificultades que se van acumulando, la cuestión clave aún no ha sido enfrentada. Por formularlo en un interrogante, ¿las garantías propias de un proceso tendente a castigar crímenes pasados están incluidas o excluidas de aquéllas susceptibles de suspensión en circunstancias como las caracterizadas? Expresado de otra forma, el problema sería determinar si entre las garantías indispensables para la protección de los derechos ya mencionados se encuentra la persecución de aquéllos que los violan, o mejor dicho, la persecución de aquéllos que los violaron (incluso años atrás). Esta cuestión enlaza directamente, además, con el requisito de la compatibilidad con el resto de obligaciones impuestas por el derecho internacional, en virtud de lo dispuesto en las ya referidas previsiones de la CCT, la CICT, y la CIDFP.

Para resolver esta cuestión ha sido una pauta general acudir a un conjunto de argumentos de naturaleza en cierto modo extensiva. Se sostiene, por ejemplo, que un derecho cuya trasgresión no sea susceptible de ser conocida por la justicia es un derecho imperfecto; por el contrario, los derechos humanos son derechos básicos y por tanto no es posible que un ordenamiento jurídico, que se asienta precisamente en ellos, no contemple su justiciabilidad; así, se concluye, que no es concebible en este caso la ausencia de protección judicial, so pena de destruir la noción misma de orden jurídico¹⁵⁵⁰. Por su parte, el Relator Especial Theo van Boven afirma que resulta difícil imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado¹⁵⁵¹. Finalmente, una especialista como Orentlicher expone que no tiene sentido

¹⁵⁵⁰ Cfr., AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Memorial en derecho...”, *doc. cit.*, párr. 49

¹⁵⁵¹ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Estudio relativo al derecho de restitución...”, *doc. cit.*, párr 5.5.

que se disponga que algunos derechos no son susceptibles de suspensión y al mismo tiempo se permita que en determinadas circunstancias pueda dejarse de hacer lo necesario para protegerlos mediante el castigo de sus violadores¹⁵⁵². En definitiva, todas estas opiniones bien podrían condensarse en la citada Observación General N°. 29 del Com. DH.

Ahora bien, si se atienden a algunos de los listados preparados por otros expertos, esta lógica intachable no siempre es atendida. Así, en las conocidas como “Normas de Turku” se establece:

“Artículo 1. 1. En la presente Declaración se afirman normas humanitarias mínimas aplicables en todas las situaciones, incluidos los casos de violencia interna, los conflictos étnicos, religiosos y nacionales, los disturbios, las tensiones y en las situaciones excepcionales, y que no se podrán suspender en ninguna circunstancia. Estas normas deberán respetarse independientemente de que se haya declarado o no un estado de excepción.

(...)

Artículo 4. 3. El derecho a un recurso eficaz, incluido el hábeas corpus, estará garantizado como medio de determinar el paradero o el estado de salud de las personas privadas de libertad y para identificar a la autoridad que haya ordenado o ejecutado la privación de libertad. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención privada o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

(...)

Artículo 9. No se dictará ninguna sentencia ni se ejecutará ninguna pena respecto de una persona declarada culpable de un delito sin previo juicio ante un tribunal independiente e imparcial legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por la comunidad de naciones. En particular: 1. El procedimiento dispondrá que se informe sin demora al acusado de los detalles del delito que se le imputa y que se celebre un juicio en un plazo razonable y ofrecerá al acusado todos los derechos y medios de defensa necesarios antes del juicio y durante el mismo; 2. Nadie será declarado culpable de un delito excepto en virtud de la responsabilidad penal individual; 3. Toda persona acusada de un delito será considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad conforme a ley; 4. Toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser juzgada en su presencia; 5. Nadie será obligado a prestar testimonio contra sí mismo ni a declararse culpable; 6. Nadie podrá volver a ser juzgado o castigado por un delito del que ya haya sido definitivamente declarado culpable o absuelto de conformidad con la ley y el procedimiento penal; 7. Nadie será considerado culpable de un delito por razón de una acción u omisión que no constituía infracción penal, con arreglo al derecho aplicable, en el momento en que fue cometida”¹⁵⁵³.

Sin embargo, en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente se menciona que los tribunales ordinarios mantendrán su jurisdicción,

¹⁵⁵² Cfr. ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts...”, *op. cit.*, pág. 413.

¹⁵⁵³ *Vid.* “Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción. Normas de Turku”, 5 de enero de 1995, arts. 1.1, 4.3 y 9, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/excep/turku.html>.

incluso en un estado de excepción, para juzgar cualquier denuncia de violación de un derecho inderogable¹⁵⁵⁴.

Si, de otro lado, se atiende a una visión de conjunto de las diversas disposiciones relevantes podría concluirse, siguiendo a Costas Trascasas, que el núcleo de garantías no susceptibles de suspensión estaría integrado por: 1) El derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan; 2) el derecho a contar con los medios de defensa necesarios; 3) el derecho a un juicio en un tiempo razonable; 4) el derecho de presunción de inocencia; 5) el derecho a estar presente en el juicio; 6) el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; 7) el derecho a no ser condenado por un delito si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; 8) el derecho a no ser inculcado dos veces por el mismo delito; 9) el derecho a que una jurisdicción superior pueda examinar la declaración de culpabilidad y de condena, de conformidad con la ley; y 10) el principio de irretroactividad de la ley penal¹⁵⁵⁵.

Lo cierto es que estando la propia regulación de las “situaciones excepcionales”, y de la consecuente posibilidad de suspensión de garantías, dirigida a evitar que se cometan abusos durante su vigencia, resulta complejo extraer de todo lo anterior una conclusión indubitada sobre algo tan particular como la posibilidad de suspender las garantías judiciales referidas a la activación de procesos penales por los crímenes cometidos en el pasado, desde una perspectiva ajena a la de los derechos del acusado (pero de nuevo, una vez éste es investigado, detenido, juzgado o condenado). Pese a que no existe un sustento definitivo donde fundamentar su viabilidad, aun si se tratara de guiar la interpretación hacia la búsqueda del “efecto útil” de estas normas en las circunstancias expuestas, si se recuerda lo explicitado en los Capítulos VI y VIII, y se atiende al principio *pro homine* que impera en el DIDH, parece adecuado convenir con los argumentos citados *supra* aun si los crímenes se cometieron tiempo atrás; pudiendo concluirse en consecuencia que la suspensión de garantías estaría prohibida cuando lo que está en juego es el conjunto de derechos (y obligaciones estatales) individualizados en el Capítulo VI, y siempre referidos a sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos como las que se han identificado en los Capítulos VII y VIII, esto es, ataques a una serie de derechos humanos, recuérdese, cuyo ejercicio no admite suspensión alguna en ninguna circunstancia.

La conclusión final entonces ha de ser descartar la posibilidad de la suspensión de garantías relativas a los procesos para castigar los crímenes pasados, y ello aun si lo que se pretende es tratar de conjurar las graves y evidentes amenazas que se han caracterizado ampliamente a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, esta solución interpretativa no permite afirmar de igual modo que estas garantías así consideradas pertenezcan automáticamente al derecho imperativo,

¹⁵⁵⁴ Cfr. “Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 24 agosto de 1984, Derechos que no pueden ser suspendidos, principio 3, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/except/siracusa84.html>.

¹⁵⁵⁵ Cfr. COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de...*, *op. cit.*, págs. 482-483.

pues ni tan siquiera los Estados han consentido en incluirlas en el literal de todo el derecho convencional examinado. En este orden de ideas, ya se ha advertido en el apartado anterior sobre la existencia de algunas posiciones que abogan por tal carácter, debiendo señalar que aunque algunos autores se han manifestado parcialmente en contra¹⁵⁵⁶, resulta generalmente admitida la relación entre los derechos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión y las normas de *ius cogens*. Con todo, es interesante apuntar en este sentido que expertas como Sanjosé Gil consideran que el hecho de que el ejercicio de algunos derechos pueda suspenderse temporalmente, tal y como reconocen los propios tratados, no impediría que fuesen valorados como incluidos en normas de *ius cogens*; y es que, argumenta esta autora, lo contrario sería tanto como afirmar que las circunstancias excepcionales en las que se entiende legítimo el uso de la fuerza por un Estado, eliminarían el carácter de norma imperativa de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales¹⁵⁵⁷.

En todo caso, lo que resulta más evidente es que si el análisis se refiere a las estrictas garantías relativas a los crímenes cometidos en el pasado, resultaría aventurado llevar la interpretación propuesta hasta el núcleo esencial del derecho internacional, en tanto que no existe evidencia de que tal consideración se encuentre contenida en una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁵⁵⁶ Véase KOJI, T.: “Emerging Hierarchy in...”, *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ Cfr. SANJOSÉ GIL, A.: *La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional: La responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves, masivas y manifiestas de los Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 20 y ss.

CONCLUSIONES

I. Aunque un mismo comportamiento puede comprometer la responsabilidad internacional del individuo y la responsabilidad internacional del Estado, ambos regímenes presentan un carácter jurídico independiente. La primera surge sólo en supuestos excepcionales en los que determinadas normas de derecho internacional prevén explícitamente la trascendencia internacional de concretas conductas del individuo, en las que además se precisa la existencia de un comportamiento culpable; estableciéndose una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo sus consecuencias principalmente de índole penal. La segunda, sin embargo, viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento de un Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional; presentando como elementos constitutivos la atribución del hecho a un Estado sobre la base del derecho internacional y la violación de una obligación internacional; y como consecuencias, la reparación, como obligación principal, junto con la cesación y la garantía de no repetición.

Pese a que este carácter independiente sólo puede matizarse por la existencia de una potencial complementariedad y cierta interacción entre ambos regímenes a través de la figura de la satisfacción, es posible detectar cierta confusión sobre este particular motivada, de un lado, por determinadas valoraciones de los sujetos implicados en el comportamiento concreto, y del otro, por algunos equívocos terminológicos. Con relación al primer aspecto, aunque de la naturaleza de los actos que comprometen la responsabilidad internacional del individuo puede deducirse que en la mayoría de los casos habrá de concurrir la participación estatal, esta circunstancia fáctica no es extensible a la caracterización conceptual de este principio, que se basa en la conducta realizada, en el crimen cometido, no en la calidad del sujeto que es responsable de él. Respecto al segundo punto, a pesar de la heterogeneidad terminológica identificable, y aunque se ha relegado el antiguo concepto de “crimen internacional” en favor del de “violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”, deben reputarse los rótulos “crímenes contra el derecho internacional”, y más en concreto “crímenes de derecho internacional”, como los más adecuados para encuadrar las conductas que comprometen la responsabilidad internacional del individuo.

II. Atendiendo a los crímenes de derecho internacional pertinentes para las experiencias que se analizan en este trabajo (crímenes contra la humanidad, genocidio, crimen de tortura, crimen de desaparición forzada de personas, y de forma matizada, las infracciones graves del DIH), del examen histórico realizado debe concluirse que el principio de responsabilidad internacional del individuo por esta serie de actos está completamente recogido y admitido en el derecho internacional convencional y

consuetudinario; así como la imprescriptibilidad, y la no aceptación de la eximente penal por el seguimiento de órdenes en su perpetración.

Junto al régimen convencional y consuetudinario, los comportamientos que se consideren criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional también comprometerán la responsabilidad internacional del individuo; circunstancia que despeja toda duda sobre el carácter criminal de los hechos cometidos en los países y situaciones objeto de este estudio.

En relación con las formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional, por supuesto el autor material, pero también el coautor, el autor mediato, así como, en sentido amplio, los cómplices, planificadores y encubridores verán igualmente comprometida su responsabilidad internacional individual; debiendo destacar, en este sentido, el también indiscutible reconocimiento de la denominada responsabilidad del superior, responsabilidad funcional o responsabilidad por mando. De otro lado, la tentativa, y de forma más restringida, la instigación para cometer estos crímenes aparecen como susceptible de responsabilización internacional, aunque no de forma general ni totalmente indubitada.

Respecto a la necesidad de un comportamiento culpable, cabe concluir la existencia de tres grados o niveles distintos: El primero, el régimen general, impone la exigencia de un comportamiento doloso del particular; el segundo, respondería a un régimen especial que determina la necesidad de concurrencia de un *dolus specificus* para la realización de algunos crímenes; finalmente, en ciertos casos excepcionales puede sostenerse la responsabilización internacional por acciones u omisiones gravemente negligentes o culposas.

Ahora bien, todo lo anterior viene referido esencialmente a la responsabilidad de orden penal, pero si bien es cierto que la responsabilidad civil por crímenes de derecho internacional se construye en la mayoría de los casos como una consecuencia de la prioritaria responsabilidad penal, no es menos cierta la existencia de ejemplos de exigencia autónoma de responsabilidad civil a personas acusadas de estos mismos crímenes. Esta posibilidad adquiere carta de naturaleza en disposiciones previstas en la normativa estadounidense, a través de la *Tort Claims Act* y la *Torture Victim Protection Act*, normas que prevén la reclamación tanto de responsabilidad extracontractual como de daños punitivos y compensatorios por la comisión de determinados crímenes de derecho internacional. En este sentido, a partir del caso *Sosa v. Álvarez-Machain* resultan identificables una serie de procesos que, sobre esta base, han abordado e influido en las experiencias que se examinan en este trabajo.

Finalmente, tras analizar las obligaciones pertinentes en este ámbito, debe sostenerse que el fundamento del principio de la responsabilidad internacional del individuo se encuentra en el consenso interestatal acerca de la trascendencia internacional del bien jurídico que se busca proteger, ya sea éste la paz o la seguridad internacionales, ya los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional, ya los valores o la conciencia común de la humanidad; bienes jurídicos cuyo titular último es la propia Comunidad Internacional. Este hecho justifica tanto su relevancia en el ámbito

del derecho propio de la misma -el derecho internacional-, como consecuentemente el surgimiento de la responsabilidad internacional de sus autores. De igual suerte, de esta realidad cabe extraer que es dentro del derecho internacional donde hay que determinar cuándo y de qué forma esos crímenes deben ser perseguidos y sancionados.

No obstante, lo anterior no debe llevar a deducir inmediatamente que las manifestaciones concretas del principio de responsabilidad internacional del individuo pertenecen al ámbito del *ius cogens*. Si bien es correcto sostener que la prohibición de los comportamientos que atentan contra esos mismos valores o bienes jurídicos (la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, las violaciones graves del DIH, así como de forma más difusa algunas violaciones de determinados derechos humanos) forman parte del derecho internacional imperativo, esta consideración se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados, con lo que su translación directa al campo de la responsabilidad internacional del individuo, aunque deseable y necesaria, no resulta de sencilla justificación; máxime si en el análisis no se pierde de vista el contenido estricto del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

III. Pese a que a lo largo de la historia se ha ido asentando una suerte de sistema de aplicación dual de la responsabilidad internacional del particular, los Estados individuales son los destinatarios primeros y esenciales de las disposiciones relativas a la dimensión jurisdiccional de esta responsabilidad. Conclusión teórica que a los efectos de este trabajo se ve reforzada de hecho si se atiende a la misma configuración jurídica de la CPI - salvo que la jurisprudencia de este tribunal logre acabar con la nefasta nota a pie 24 de los Elementos de los Crímenes-, y a la más que improbable proliferación de futuros tribunales penales internacionales *ad hoc* en el ámbito de este estudio; lo que en todo caso, no ha de llevar a similar conclusión en lo referido a los denominados como tribunales híbridos, mixtos, internacionalizados, o tribunales internacionales nacionalizados.

De la confrontación entre el principio de autonomía de tipificación penal del derecho internacional y las exigencias del principio de legalidad penal, debe concluirse que aun existiendo ciertos (imperfectos) paliativos como la sanción de los crímenes de derecho internacional a través de las figuras penales de algunos delitos comunes, es fundamental la materialización del deber de adoptar las medidas necesarias para tipificar esos crímenes en los órdenes jurídicos internos, así como (consecuente y/o directamente) de establecer jurisdicción respecto a ellos. No obstante, con independencia de cuando se realice esta tipificación, es la fecha en la que se haya criminalizado esa conducta en el ordenamiento jurídico internacional el momento a partir del cual debe ser perseguida; resultando que la tipificación interna solamente ha de interpretarse como un requisito en clave de derecho estatal. En consecuencia, producida esa tipificación deberán sancionarse “retrospectivamente” todos los comportamientos desde que fueron caracterizados como crímenes por el derecho internacional.

En lo referido a la persecución concreta de estas conductas, partiendo del innegable hecho de que es inherente a la soberanía territorial del Estado el conjunto de poderes que éste ejerce sobre su territorio, y en concreto, la competencia jurisdiccional ejercida por sus tribunales de justicia, y reconociendo como elemento esencial de atribución de ésta el principio de territorialidad (en su doble faceta objetiva y subjetiva), la resultante inmediata es que los Estados tienen la evidente obligación de establecer la jurisdicción de sus tribunales sobre estos crímenes cuando hayan sido cometidos en su territorio. Ésta es la clave para el presente trabajo, pues el mismo se enfrenta al estudio de la sanción de estos crímenes por los mismos Estados inmersos en un proceso de transición, y sin embargo, resultaría imposible no convenir en que la interacción entre el principio de territorialidad y otros principios de atribución de jurisdicción (nacionalidad activa y pasiva, protección, y fundamentalmente jurisdicción universal) han presentando una notable incidencia en el devenir de esta cuestión en las propias transiciones examinadas.

A este respecto, aunque si se atiende al fin y el objeto de la normativa estudiada debe defenderse que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción por crímenes de derecho internacional basada en un título extraterritorial sólo debería desistir en los casos en que efectivamente se esté realizando una investigación o juicio en el Estado territorial, la práctica examinada parece indicar que solamente en los casos en que la persecución en este Estado se presenta como inviable o imposible es cuando se admite la operatividad de los principios extraterritoriales. Con todo, y aun desde esta restrictiva interpretación impuesta por la realidad de los hechos, la importancia de algunos procesos fundamentados básicamente en la jurisdicción universal en algunas de las experiencias analizadas es claramente identificable, habiendo modificado sustancialmente hasta los mismos procesos de transición en lo que aquí interesa, ya de forma inmediata (estimulando a las autoridades locales a reactivar los procesos judiciales en curso, o eliminar los obstáculos legales impuestos, para evitar que sus nacionales fuesen juzgados por terceros Estados), ya de forma mediata (convirtiéndose en una suerte de refuerzo para el accionar de los sectores de la sociedad civil que pugnaban, contra viento y marea, por conseguir procesamientos penales en sus Estados nacionales).

IV. Aunque resulte insuficiente para muchos, el desarrollo actual del derecho internacional obliga a concluir que son sólo los Estados los que puedan violar, en estricto sentido técnico, los derechos humanos, es decir, el DIDH; resultando que cuando sea posible atribuir los crímenes de derecho internacional a un Estado, necesariamente éste también vulnerará la normativa propia del DIDH. Sin embargo, a los efectos de este trabajo no todas las violaciones a los derechos humanos que convergen en crímenes de derecho internacional son pertinentes, sino sólo aquellas relativas a derechos claramente justiciables, esto es, a los derechos civiles y políticos, pues tras examinar lo previsto para los derechos económicos, sociales y culturales, tal carácter se presenta aún más en el deber ser que en el ser.

Una dificultad adicional en este ámbito es la confusa distinción entre el impreciso concepto de violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos y el de crimen de derecho internacional; debiendo concluirse a este respecto que bajo los parámetros de atribución ya referidos, un crimen de derecho internacional comportará en muchos casos la violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos, pero un comportamiento de esta naturaleza sólo podrá ser valorado como un crimen de derecho internacional si concurren, a la postre, los específicos requisitos previstos en su tipificación internacional.

Desde estas premisas será como habrá de valorarse el deber de garantía de los derechos humanos, esto es, una de las obligaciones básicas y esenciales en el ámbito del DIDH. Este deber se presenta como referido al comportamiento exigible al Estado ante la comisión de violaciones de los derechos humanos, concretado en la obligación de investigarlas, traducir en justicia y sancionar a los responsables, y otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares. Esta serie de deberes han de valorarse como obligaciones de comportamiento, constituyendo un solo deber para el Estado. En consecuencia, todos ellos habrán de ser atendidos para cumplir la obligación primaria; esto es, el deber de garantía no ha de evaluarse como un conjunto de obligaciones de naturaleza alternativa o sustitutiva.

Estas obligaciones, aun encontrando un claro nexo con la figura de los remedios efectivos -máxime en el ámbito interamericano-, y sin perjuicio del estricto respecto de los postulados clásicos del debido proceso, presentan unas características propias:

La obligación de investigar se materializa en el deber estatal de realizar una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial que deberá aclarar todo lo ocurrido en el caso concreto. Respecto a la obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables, una vez finalizada la investigación el Estado tiene el deber de juzgar en un tribunal imparcial a los responsables, y en su caso, condenarlos a una pena adecuada a la gravedad de los hechos; todo ello con independencia de la acción o inacción de la/s víctima/s particular/es. Por su parte, la obligación de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares se ajusta al régimen general de la restitución, indemnización, satisfacción, y garantías de no repetición, aunque presenta los evidentes perfiles propios de las especiales características de las violaciones consideradas. Aceptando que la reparación ha de ser lo más cercana posible a la violación, las mayores dificultades en este ámbito están referidas a la evaluación de cuándo ésta es “justa y adecuada”, máxime en situaciones de violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Respetando las pautas generales expuestas, no parece posible resolver esta cuestión en términos generales, sino que su examen ha de referirse a cada situación particular.

Junto a estas obligaciones claramente establecidas se ha alegado la existencia de una obligación adicional, referida a lo que se ha conocido bajo el rótulo del “derecho a la verdad”. Tras examinar la normativa existente, la conclusión a este respecto ha de ser la falta de evidencias, en el actual desarrollo del DIDH, para constatar la existencia de tal deber –y consiguiente derecho- en cuanto a la sociedad en su conjunto; pudiendo

sólo convenir en la presencia del mismo en relación con todas y cada una de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. De este modo, mecanismos paradigmáticos de las experiencias analizadas en este trabajo, como son las llamadas Comisiones de la Verdad, pese a su evidente oportunidad y positivos efectos, deben valorarse como discrecionales para el Estado.

V. El mundo de la conocida como transitología es un ámbito de una complejidad sobresaliente en la que es posible encontrar valoraciones y enfoques de toda índole. No obstante, en los casos que aquí ocupan debe entenderse por proceso de transición el período que va desde las iniciales negociaciones efectivas tendentes a la consecución de un nuevo régimen (y en su caso de la paz), y en especial aquéllas en las que se aborda la cuestión del castigo de los responsables de crímenes de derecho internacional/violaciones a los derechos humanos, hasta la actualidad. Ante las enormes dificultades para evaluar el carácter y concepto de régimen o cambio de régimen, debe elegirse como elemento clave de análisis, junto a cambios de carácter más político o institucional, la ausencia de comisión de crímenes de derecho internacional, o masivas, graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

Previo al examen de las experiencias concretas iberoamericanas, desde una perspectiva general dos son los presupuestos esenciales que pueden constatare: En primer lugar, la enorme presencia, influencia y poder de las Fuerzas Armadas en toda la vida política de estos países; realidad evidente en todo el devenir de los procesos de transición, y perfectamente advertible ante cualquier intento de sancionar los crímenes pasados. En segundo, la entidad cuantitativa y cualitativa de las atrocidades perpetradas durante los gobiernos no (materialmente) democráticos. En la mayoría de situaciones examinadas el número de víctimas, y probablemente de victimarios, se cuentan por millares, resultando que estos últimos han sido mayoritariamente agentes estatales (con la sola excepción parcial de Perú), y que los crímenes cometidos (desde la tortura a la desaparición forzada, pasando por las graves infracciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, hasta llegar a casos de genocidio) encuentran su más ajustada caracterización general bajo la figura del crimen de lesa humanidad de persecución.

Esta serie de consideraciones aparecen ampliamente retratadas en los seis casos paradigmáticos de estudio, si bien de ellos lo fundamental es extraer las medidas adoptadas para hacer frente a la sanción de los crímenes de derecho internacional, y en su caso violaciones a los derechos humanos, durante sus procesos de transición. Con excepciones como la (inicial) Ley de Reconciliación Nacional de El Salvador –en virtud de lo dispuesto en su artículo 8-, por referir un ejemplo de ámbito personal, la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado de Uruguay en lo relativo a los responsables no militares o policiales (ni equiparados ni asimilados), y como caso arquetípico, la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca, la pauta general en todas las experiencias estudiadas ha sido el inicial recurso a medidas de amnistía para excluir la responsabilidad penal por estos comportamientos (ya autoamnistías –realmente adoptadas por todos los Estados, pero con vigencia completa sólo durante la transición de Chile-, ya amnistías aprobadas por las nuevas autoridades -Honduras, El Salvador,

Argentina-, ya amnistías incluso ratificadas por referendo –Uruguay-). Junto a ello, en Argentina se usaron indultos, bien con la misma finalidad, bien para extinguir la sanción penal en casos ya sentenciados. En este último país también se detectan una serie de procesamiento selectivos previos a la emisión de las normas de amnistía, mientras que en el resto de Estados, los enjuiciamientos posibles dentro de los márgenes de estas medidas fueron erráticos y escasos. En este escenario, no han sido ajenas, desde luego, las dificultades de todo orden identificadas incluso para realizar estos mínimos procesamiento, situación que alcanza ejemplo extremo en Guatemala pese a la ausencia de obstáculos formales de orden legal.

Con todo, el paso del tiempo, el debilitamiento de las antiguas redes de poder militar, y muy sensiblemente, la activación de diversos procesos en terceros Estados bajo el principio de jurisdicción universal, han ido removiendo algunos de los obstáculos fácticos e incluso jurídicos para sancionar los crímenes pasados; realidad que, no obstante, sólo ha alcanzado a un limitado número de Estados y situaciones.

Finalmente, algunos de estos Estados implementaron diversas medidas reparatorias, que fueron desde las más limitadas (Guatemala y Uruguay hasta la fecha) hasta algunos programas más completos con el transcurso del tiempo (en grado creciente, Argentina y Chile).

VI. Reconociendo como pauta básica la plena vigencia del principio de continuidad del Estado, pero al mismo tiempo conviniendo en que si, sin mayor explicación, se ignorasen las limitaciones, retos, obstáculos, peligros y, en definitiva, problemas de toda índole que atraviesan estos Estados, las previsiones del derecho internacional quedarían situadas entre lo imposible, lo inviable, o incluso lo odioso, debe apostarse por una posición especialmente sensible a lo que se ha conocido como “efecto útil de las obligaciones internacionales” a la hora de evaluar las medidas adoptadas (y a adoptar) por todos estos países para enfrentar las sanción de los crímenes pasados.

De la valoración realizada pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, debe reputarse como marco general de análisis la prohibición de impunidad por estos actos, entendida ésta como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, condena y reparación. Aunque esta primera consideración resulta aplicable a todas las experiencias reseñadas, permite específicamente descalificar de inicio lo ocurrido en casos como el guatemalteco.

El mismo concepto de impunidad despliega sus efectos no sólo en situaciones de hecho, sino también en aquéllas en las que las ausencias referidas se encuentran cubiertas incluso por disposiciones legales, esto es, la conocida como impunidad jurídica o de derecho. A este respecto, aun partiendo de un concepto de amnistía como una norma en la que concurren una fundamentación política o social, un carácter personal general, una serie de supuestos materiales objetivos, la no dependencia del transcurso del tiempo entre el hecho amnistiado y la sanción de la norma, la referencia

exclusiva a crímenes pasados, y la extinción tanto de la responsabilidad penal como de sus consecuencias, y destacando la creciente sofisticación de estas normas – perfectamente ejemplificada en la reciente experiencia colombiana-, ha de concluirse que medidas como las denominadas “leyes de caducidad” (Uruguay) o “leyes de puntos final” (Argentina) son igualmente calificables como normas de amnistía; debiendo aplicárseles por tanto el mismo régimen que a las amnistías más “clásicas” o “evidentes”.

La confrontación de las disposiciones de amnistía con el derecho internacional analizado no permite otra solución que concluir su directa oposición a todo el conjunto de obligaciones internacionales identificadas, con independencia del momento o modo por el que fueron aprobadas. Pese a distintas alegaciones en sentido contrario, la única alternativa general existente para que estas normas no comprometan la responsabilidad internacional del Estado es la expresa exclusión de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos de su ámbito.

El imaginativo uso de la mayoría de los indultos en la experiencia argentina tan sólo amerita la aplicación de lo anterior a estas medidas, ya que simplemente fueron normas de amnistía que impidieron la investigación, juicio y/o sanción de los crímenes pasados. Sin embargo, en algunos casos estas medidas sí se ajustaron a la figura del indulto en sus justos términos, esto es, a una medida que extingue total o parcialmente la pena. Desde esta perspectiva, es posible abogar por una interpretación de la normativa analizada que guiada por el principio general del “efecto útil” de las obligaciones internacionales, permita defender la viabilidad del indulto aun en casos de violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho internacional. Esta conclusión, no obstante, sólo es admisible si el recurso al indulto incorpora la concurrencia de requisitos adicionales como la colaboración con la justicia y el arrepentimiento público.

En cuanto a los enjuiciamientos selectivos establecidos a través de una política oficial -en caso contrario serían de aplicación las conclusiones anteriores-, aunque en su defensa se han presentado múltiples argumentos, no resulta posible encontrar una base cierta en el derecho internacional para fundamentar que un Estado puede escoger los crímenes de derecho internacional/violaciones a los derechos humanos que han de ser castigados y aquéllos que deben quedar sin sanción. Más aun, incluso optando por una interpretación frontalmente opuesta al objeto y fin de las obligaciones identificadas para buscar su convalidación, quedaría irresoluto el medio para excluir los casos “no seleccionados” en esa política; siendo que si como sólo parece posible, la opción a adoptar fuese una medida de amnistía, no cabe más que reiterar lo ya expuesto sobre este tipo de normas.

Finalmente, el examen de las iniciativas y programas de reparación efectivamente aplicados permite constatar que el diseño de los mismos presenta una primera dificultad para su acomodo con las exigencias identificadas, pues el concepto de víctima en el que se fundamentan en pocos casos es acorde a la definición de ésta en el ordenamiento jurídico internacional. En este mismo orden de ideas, debe señalarse que aun en los ejemplos más completos, resulta compleja la aceptación de esta serie de

modelos que, generalizando por categorías, obvian la exigible atención al contexto específico de cada caso. Con todo, esta última consideración debe ser valorada a la vista de los retos intrínsecos de experiencias en las que el número de víctimas se cuenta por miles o decenas y hasta centenas de miles, lo que no impide poder extraer, en todo caso, dos conclusiones generales. En primer lugar, aun en Estados con programas más completos, como Argentina o Chile, es identificable cierta tendencia a optar por estos programas como una suerte de sustituto de la denegada sanción penal de los crímenes cometidos, alternativa que debe ser descalificada en toda circunstancia. Incluso sorteando esto, y en segundo lugar, la misma dilación temporal de estas medidas reparatorias, identificable aun en estos dos casos, resulta *a priori* difícilmente acomodable con las exigencias referidas.

VII. El análisis de las medidas adoptadas por estos Estados deja probablemente un saldo de compleja interiorización para aquéllos que han de enfrentarse a las dificultades y limitaciones propias de procesos de transición como los estudiados. Con la excepción parcial de los indultos –y de ciertas medidas reparatorias–, el resto de iniciativas escogidas e implementadas por todos los países estudiados han de valorarse como contrarias al derecho internacional identificado. La pregunta inmediata es, ¿existen otras alternativas lícitas para acomodar el régimen jurídico vigente a las realidades que enfrentan todos estos Estados? O, en una formulación más concreta, ¿sólo el uso condicionado del indulto puede reputarse como el único medio, la única medida posible, para atender a la enorme problemática derivada de la obligación de sancionar a todos los responsables de los crímenes pasados durante un proceso de transición?

En la búsqueda de una respuesta a estos interrogantes lo examinado permite concluir, en primer lugar, la pertinencia de distinguir analíticamente entre los retos derivados del número de víctimas y victimarios a abordar (aspecto cuantitativo), y los problemas dimanantes de la autoría y naturaleza de los crímenes (aspecto cualitativo); atendiendo especialmente a esta segunda cuestión, que se erige en el escollo más difícil de salvar aun cuando el número de casos a atender no es excesivamente elevado (como se evidencia en las experiencias de Honduras, Uruguay, y Chile si se excluyen los posteriormente reconocidos y documentados casos de tortura).

A este respecto, la primera vía general de examen podría dirigirse hacia la búsqueda de un inicial período de tiempo que permita el fortalecimiento de la naciente democracia, y de sus capacidades, a través de la suspensión, o incluso, de la denuncia de las normas convencionales reseñadas; pero tal posibilidad debe ser descartada, pues aun en el mejor escenario posible no podrían afectar a todo el conjunto de obligaciones en juego.

Ahora bien, si este particular se enfoca incorporando la continua presión, amenaza y hasta activación de intentos de golpe de Estado, el objeto de análisis se verá sustancialmente modificado, debiendo prestarse atención a la posibilidad de invocar el estado de necesidad, como causa general de exclusión de la ilicitud, y la suspensión de

garantías judiciales (relativas a la sanción de las pasadas violaciones a los derechos humanos) en lo relativo al DIDH; en el entendimiento de que para que esta vía sea efectiva deberán concurrir los requisitos exigibles para lograr la aplicación de ambas, a la vista de todo el conjunto de obligaciones identificadas.

Aunque esta doble posibilidad podría evitar lo que se ha conocido como “suicidio político”, lo cierto es que presenta graves problemas de orden práctico, pues el estado de cosas debería permanecer en el tiempo para que no perdiera su razón de ser, lo que podría estimular la perpetuación de las amenazas que le dieron origen, así como de orden político, ya que resultaría poco edificante que la nueva democracia comience por decretar la suspensión de unas garantías ausentes durante años, y poco probable que un nuevo gobierno ávido de legitimación empiece por reconocerse cautivo o maniatado por los representantes del antiguo régimen, cuando no por los miembros de sus propias Fuerzas Armadas; pero en lo tocante a este trabajo, convendrá también reconocer que no son menos los problemas para su acomodación a lo exigido por el derecho internacional.

Incluso admitiendo un cuadro en el que los diversos intentos (o advertencias) de golpe de Estado se justificasen exclusivamente en la exigencia de impunidad, los golpistas sólo aceptarían ésta para no derrocar a las autoridades civiles, y las nuevas y débiles democracias no tuvieran ningún otro medio para abortar tales amenazas, la invocación del estado de necesidad colisionaría con la exigencia de que el Estado no haya contribuido a que se produzca esa situación, pues las presiones y amenazas son realizadas justamente por órganos cuyo comportamiento es atribuible al Estado, aun siendo su accionar un comportamiento *ultra vires*.

Respecto a la suspensión de garantías, aceptando la posibilidad de caracterizar el peligro como grave, real e inminente para la vida de la nación, máxime cuando ésta debe ser entendida en clave democrática como se imponen en el sistema interamericano, admitiendo el probable acomodo al requisito de proporcionalidad, y dejando al margen otra serie de dificultades importantes, la más que posible caracterización interpretativa como no susceptibles de suspensión de las garantías judiciales referidas a sancionar a los responsables de (pasadas) violaciones de derechos humanos cuyo ejercicio no admite suspensión, situaría a esta posibilidad fuera de los márgenes del derecho internacional.

El examen así enfocado permite presentar unas conclusiones justificadas sin perderse en el endémico debate sobre la naturaleza jurídica de las normas en juego, aspecto que ha sido capital en los trabajos que se han adentrado en esta cuestión en lo que aquí interesa. No obstante, con ánimo de abordarla en su totalidad, el examen realizado permite sostener que en la línea de lo ya apuntado, si no es a través de una interpretación extensiva impropia de un ámbito tan particular, y que demanda tanta cautela, como es el *ius cogens*, no es posible afirmar de forma indubitada que las obligaciones pertinentes forman parte del derecho imperativo, como tampoco existe un sustento suficiente, y fundamental en esta materia, para defender sin lugar a dudas que las garantías judiciales precisas para la persecución de aquéllos que violan los derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*.

Si se atiende a los problemas cuantitativos, debe ser rechazada la alegación de la imposibilidad de cumplimiento o del cambio en las circunstancias, pues su invocación resulta injustificable si, como es el caso, la situación es resultado de una violación, por la Parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra Parte en el tratado.

De este modo, las conclusiones a ofrecer han de limitarse a la defensa de la necesidad de una “interpretación útil” de las obligaciones relativas a un proceso sin dilaciones indebidas, e incluso del mismo debido proceso, que sin vulnerar su núcleo esencial hagan posible que el enjuiciamiento de cientos o miles de casos no se torné en un ejercicio que pese a todos los esfuerzos del Estado, continuamente comprometa su responsabilidad internacional. Esta propuesta es igualmente aplicable a lo relativo a la inmediatez temporal de las reparaciones debidas –aun, y en su caso, si estas forman parte de programas globales autónomos–.

Junto a ello, debiendo descartar la incidencia real tanto de cualquier órgano de justicia internacional como de los procesamientos a través de la jurisdicción universal en el volumen total de casos a atender, el fundamento de la responsabilidad internacional del individuo permite abogar y demandar la implicación directa de la Comunidad Internacional, como garante del bien jurídico violentado, ya sea a través del apoyo a los mecanismos especiales de orden interno creados para atender la sanción de los crímenes pasados, ya sea mediante el establecimiento de sistemas de justicia híbridos o internacionalizados con igual finalidad.

VIII. Todo lo expuesto permite concluir que aunque el derecho internacional penal y el DIDH están concebidos bajo la presunción de que los comportamientos en ellos prohibidos o sancionados no son la pauta general, sino que tienen naturaleza marcadamente excepcional, las extraordinarias singularidades de las experiencias transicionales analizadas parecen exceder ampliamente toda previsión realizada.

A pesar de que es posible encontrar algunas sendas para no afirmar la total insensibilidad de estos dos sectores del derecho internacional a las particularidades, retos, dificultades, y limitaciones de los procesos de transición, los valores que ambos sectores defienden y la gravedad de los hechos que sancionan parecen prevalecer sobre todas ellas, ofreciendo en consecuencia un corsé jurídico muy estrecho al que ha de ajustarse la actuación estatal a la hora de enfrentar los crímenes cometidos en el pasado durante la transición.

Así, en el desarrollo actual del derecho internacional sólo aparecen como medidas internacionalmente lícitas para afrontar este tipo de situaciones: la utilización condicionada de los indultos, y la búsqueda de una “interpretación útil” de las obligaciones relativas a un proceso sin dilaciones indebidas, e incluso del mismo debido proceso; sin olvidarse de la necesidad de implicación de la Comunidad Internacional en los mecanismos, nacionales o internacionalizados, que se diseñen para castigar un conjunto de crímenes que atentan contra bienes jurídicos que ella ha de proteger.

Esta solución podrá ser discutida, aplaudida o criticada, pero en ningún caso simplemente desconocida, pues la defensa de otros caminos o alternativas que no respeten sus límites a la hora de afrontar ese pasado, por atractivas o eficaces que fueran, tan sólo supondría la invitación a optar por un modelo para sancionar los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos prohibido por el ordenamiento jurídico internacional.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA CITADA

1) Obras generales:

- BACIGALUPO, E.: *Principios de derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1997.
- BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2003.
- BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vols. I, II y III, Transnational Publishers, Nueva York, 1999.
- BROWNLIE, I. : *Principles of Public International Law*, 6ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.
- BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. y NIKKEN, P: *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Ed. Jurídica de Venezuela, Caracas, 1992.
- CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- CASTILLO, M.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANA DÍEZ, M.: *Instituciones de Derecho penal español*, CESEJ – Ediciones, Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, 6ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición Tecnos, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2003.
- GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- HITTERS, J. C.: *Derecho Internacional de los derechos humanos*, tomos I y II, Ed. Ediar, Argentina, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1964.
- KITITCHAISAREE, K.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, PPU, Barcelona 1996.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho Internacional Público. Parte General*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, tomos I y II, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: *Lecciones de derecho internacional público*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- ROSSENE, SH.: "General Course on Public International Law", en *R. des C.*, núm 291, 2001.
- SCHELLE, G.: *Manuel de Droit International Public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1949.
- SORENSEN, M.: "Principes de Droit International Public", en *R. des C.*, núm. 101, 1960-III.
- VASAK, K.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vols. I, II y III, Serbal/UNESCO, Paris, 1984.
- VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- WERLE, G. y OTROS: *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

2) Monografías:

- ABAD CASTELOS, M.: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ACKERMAN, B.: *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, Nueva York, 1992.
- AGEITOS, S. M.: *La Historia de la Impunidad - Argentina (1976/1989): Desde las Actas del Proceso a los Indultos de Menem*, KO'AGA ROÑE'ETA, SERIE X, 1997 (disponible en versión electrónica en <http://www.derechos.net/koaga/ageitos/>).
- AGÜERO, F.: *Militares, Civiles y democracia*, Alianza, Madrid, 1995.
- AGUIAR, A.: *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1997.
- AGUILAR, P.: *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- ALBON, M.: *The Project on Justice in Times of Transition*, Foundation for a Civil Society, Nueva York, 1994.
- ALCORTA, C. A.: *Principios de derecho penal internacional*, t. I., Editorial Italia, Buenos Aires, 1931.
- ALBANESE, S.: *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992.
- ALMOND, G. y SYDNEY, V. (eds.): *The Civic Culture Revisited*, Sage, Londres, 1989.
- AMADIUME, I. y AN-NA'IM, A. (eds.): *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, Zed Books, Londres – Nueva York, 2000.
- AMBOS, K.: *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC S.R.L., Argentina, 1999.
- La nueva Justicia Penal Internacional*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2000.
- AMBOS, K. (coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMBOS, K. y GUERRERO, O. J.: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Colombia, Bogotá, 1999.

-AMBOS, K. y MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003.

-AMBOS, K., MALARINO, E. y WOISCHNIK, J. (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional: con contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005.

-AMNESTY INTERNATIONAL: *Guatemala. The Human Rights Record*, Amnesty International Publications, Londres, 1987.

-AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Honduras, Civilian Authority - Military Power, Human rights violations in the 1980s*, Amnesty International Publications, Londres, 1988.

HONDURAS. Persistencia de las violaciones de derechos humanos, EDAI, Madrid, 1991.

-AMSTUTZ, M. R.: *The Healing of Nations. The Promise and Limits of Political Forgiveness*, Roman & Littlefield Publishers, Nueva York, 2005.

-ANDERSEN, M. E.: *Dossier Secreto. El mito de la guerra sucia*, Planeta, Buenos Aires, 1993-

-ANDERSON, T.: *El Salvador. Los sucesos políticos de 1932*, Universitaria Centroamericana, San José, 1982.

-ANDREU-GUZMÁN, F.: *Fuero militar y derecho internacional. Los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas – Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2003.

-ARAN, M. y LOPEZ GARRIDO, D.: *Crimen internacional y jurisdicción internacional. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-ARANGIO-RUIZ, G.: *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Cooperativa Libreria Universitaria, Bolonia, 1972.

-ARAUJO PAULLADA, G., DESATNIK MIECHIMSKY, O. y FERNÁNDEZ RIVAS, L.: *Frente al silencio. Testimonios de la violencia en Latinoamérica*, Instituto Latinoamericano de Estudios de la Familia – Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, México, 1999.

-ARBOLEDA PERDOMO, A. y GUERRERO OROZCO, J.: *El Derecho de los Derechos Humanos: Posibilidad de atribuir a otros sujetos distintos del Estado responsabilidad por violaciones de los derechos humanos*, Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 1995.

-ASOCIACIÓN DE FAMILIARES DE DETENIDOS-DESAPARECIDOS (ASFADES): *Veinte años de historia y lucha*, ASFADES, Bogotá, 2003.

-BALSELLS TOJO, E. A.: *Olvido o Memoria. El dilema de la sociedad guatemalteca*, F&G Editores, Guatemala, 2001.

- BALZA, M. A.: *Dejo constancia. Memorias de un general argentino*, Planeta, Buenos Aires, 2001.
- BARAHONA DE BRITO, A.: *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile*, Oxford University Press, Nueva York, 1997.
- BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.
- BARBÉ, E.: *Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- BARBERIS, J. A.: *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984.
- BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against Humanity Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.
- Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983.
- International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997.
- International Extradition and World Public Order*, Sijthoff, Leiden, 1974.
- Le Fonti e il Contenuto del Diritto Penale Internazionale. Un Quadro Teorico*, Giuffrè Editore, Milán, 1999.
- BASSIOUNI, M. C. (compilador): *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publisher, Nueva York, 1998.
- BASSIOUNI, M. C. (ed.): *Post-Conflict Justice*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2001.
- The legislative history of the International Criminal Court*, vols. I II y III, Transnational Publishers, Nueva York, 2005.
- BASSIOUNI, M. C. y MANIKAS, P.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996.
- BASSIOUNI, M. C. y WISE, E. M.: *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
- BASTIAN, S. y LUCKHAM, R. (eds.): *Can democracy be designed? The Politics of Institutional Choice in Conflict-Torn Societies*, Zed Books, Nueva York, 2003.
- BAZELAIRE, J.-P. y CRETIN, TH.: *La justice pénale internationale: son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*, Presses universitaires de France, Paris, 2000.
- BAZEMORE, G. Y SCHIFF, M. (eds.): *Restorative Community Justice. Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001.
- BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

- BESNÉ MAÑERO, R.: *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- BIDART CAMPOS, G. J.: *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- BIGGAR, N. (ed.): *Burying the past: making the peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington DC, 2001.
- BLANC ALTEMIR, A.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, Barcelona, 1990.
- BLOOMFIELD, D. y BARNES, T. y HUYSE, L. (eds.): *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*, IDEA, Estocolmo, 2003.
- BOLLO AROCENA, M^a. D.: *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- BORAINÉ, A.: *A Country Unmasked. Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- BORAINÉ, A., LEVY, J. y SHEFFER, R. (eds.): *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, IDASA, Ciudad del Cabo, 1994.
- BOSSUYT, M. J.: *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.
- BRAITHWAITE, J.: *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- BRAMS, S. J.: *Negotiation Games: Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration*, Routledge, Nueva York, 1994.
- BRENES, A. y CASAS, K. (eds.): *Soldados como empresarios. Los negocios de los militares en Centroamérica*, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano – Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, San José, 1998.
- BRODY, R. y RATNER, M. (eds.): *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Kluwer, La Haya, 2000.
- BROWN, C. y GOLDMAN, R. K.: *Challenging Impunity: The "Ley de Caducidad" y Referendum Campaign in Uruguay*, Americas Watch, Nueva York, 1989.
- BRYSK, A.: *The Politics of Human Rights in Argentina: Protest, Change and Democratization*, Stanford University Press, Stanford, 1994.
- BURUMA, I.: *The Wages of Guilt: Memories of War in Germany and Japan*, Farrar, Straus, Giroux, Nueva York, 1994.
- CABANAS DÍAZ, A. y DEL CID VARGAS, P. I.: *Guatemala: Derechos Humanos en tiempos de paz*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N.º. 23, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

-CANÇADO TRINDADE, A. A.: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

-CANÇADO TRINDADE, A. A. y RUIZ DE SANTIAGO, J.: *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2004.

-CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears – Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

-CARRERAS, J.: *Movimientos Revolucionarios Armados en la Argentina. De los Uturuncos y el FRIP a Montonero y el ERP*, Quipu editorial (disponible en <http://polarmad.galeon.com/>).

-CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1985.

El Derecho Internacional en perspectiva histórica, Tecnos, Madrid, 1991

Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 2001.

-CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

-CARRILLO SALCEDO, J.A. y FROWEIN, J. A.: *Les aspects juridiques du terrorisme international/The Legal Aspects of International Terrorism*, Centre d'études et de reserche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, 1989.

-CASADO RAIGÓN, R.: *Notas sobre el "ius cogens" internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999.

-CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988

-CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.

-CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vols. 1 y 2, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-CAVALLO, A., SALAZAR, M. y SEPÚLVEDA, O.: *La Historia Oculta del Régimen Militar. Chile 1973-1988*, Antártica, Santiago de Chile, 1990.

-CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, REPRESENTACIÓN REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la

Universidad de Chile, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 2005.

-CHOMSKY, N.: *11/09/2001*, RBA Libros, Barcelona, 2002.

-CLAES, E., FOQUÉ, R. y PETERS, T. (eds.): *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Intersentia, Oxford, 2005.

-CLARK, R. S. y SANN, M. (eds.): *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1996.

-COLINDRES, R. (dir.): *Enciclopedia histórica de Honduras, tomos 10 y 11: Guerra civil y paz autoritaria, Gobiernos contemporáneos*, Graficentro, Tegucigalpa, 1989.

-COLOMER, J. M.: *Game Theory and the Transition to Democracy: The Spanish Model*, Edward Elgar, Aldershot, 1995.

Transiciones estratégicas: Democratización y teoría de juegos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

-COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.: *Los derechos humanos en las Américas*, Washington, 1984.

-COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades : colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1996.

-COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA: *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1953.

-COMITÉ DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS: *Crímenes e impunidad. La experiencia del trabajo médico, psicológico, social y jurídico en la violación al Derecho a la Vida: Chile 1973-1996*, CODEPU, Santiago de Chile, 1996.

-CORREIRA BAPTISTA, E.: *Ius cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997.

-COSTAS TRASCASAS, M.: *Las situaciones de violencia interna (disturbios y tensiones interiores) en el marco del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos: Problemas de calificación jurídica y de derecho aplicable*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

-CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

-DAES, E.-I.: *Status of the Individual and Contemporary International Law: Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional, and International Levels*, Human Rights Series 4, Centre for Human Rights, Ginebra, 1989.

- DA SILVA CATELA, L. y JELIN, E.: *Los archivos de la Represión: Documentos, Memoria y Verdad*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2002.
- DALH, R.: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
La poliarquía: participación y oposición, Tecnos, Madrid, 1997.
- DE CASTRO CID, B.: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000.
Naturaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, Comares, Granada, 2000.
- DELGADO, I.: *Impunidad y derecho a la memoria*, Ed. Saqitur, Madrid, 2000.
- DEL ROSAL, J.: *Acerca de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 1950.
- DIAMINT, R. (ed.): *Control civil y fuerzas armadas en las nuevas democracias de América latina*, Nuevohacer - Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 1999.
- DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid, 1990.
- DINSTEIN, Y.: *The Defense of "Obedience to Superior Orders" in International Law*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965.
- DI PALMA, G.: *To Craft Democracies. An Essay on Democratic Transitions*, University of California Press, California, 1990.
- DOMÍNGUEZ, J., RODLEY, N., WOOD, B. y FALK, R.: *Enhancing Global Human Rights*, McGraw-Hill, Nueva York, 1979.
- DONNELLY, J.: *Universal Human Rights in theory and practice*, Cornell University Press, Nueva York, 1989.
- DOUQUERTY, J. E. y PFALTZGRAFF, R. L.: *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*, Grupo Editor Latinoamericanos, Buenos Aires, 1993.
- DROST, P. N.: *The Crimes of States*, A.W. Sythoff, Leiden, 1959.
- EDELSTEIN, J.: *Truth & Lies: Stories from the Truth and Reconciliation Commission in South Africa*, Granta Books, Londres, 2001.
- ELSTER, J.: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004.
- ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la Paz por la Justicia*, Dilex, Madrid, 2004.
- EVANS, M. y MURRIA, R.: *The African Charter on Human and Peoples Rights. The System in Practice, 1986-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz

-FARCAU, B. W.: *The Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Military*, Praeger Publisher, Estados Unidos, 1996.

-FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C.: *La interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

-FERNÁNDEZ CASADEVANTE Y ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

-FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia–Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

-FERRER LLORET, J.: *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.

Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos,

Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

-FIERRO, G. J.: *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

La obediencia debida en el ámbito penal y militar, Depalma, Buenos Aires, 1984.

-FITZPATRICK, J.: *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.

-FORERO B, J. M.: *Los Derechos Fundamentales y su Desarrollo Jurisprudencia*, Ed. Editextos, Bogotá, 1993.

-FRANCISCO FRANCISCO, M. I.: *Aspects of Implementing the Culpability Principle both under International and National Law*, Wolf Legal Publishers, Países Bajos, 2003.

-FRÜLING, H. (ed.): *Represión política y defensa de los Derechos Humanos*, CESOC, Chile, 1986.

-FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL (FESPAD): *Reforma penal y acuerdos de Paz*, FESPAD, San Salvador, 2002.

-GALAWAY, B. y HUDSON, J. (eds.): *Restorative Justice: International Perspectives*, Kugler Publications, Amsterdam, 1996.

-GALGO PECO, A. (director): *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial - Consejo del Poder Judicial, 2003.

-GARCÍA MORALES, A. F.: *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.

-GARCÍA, P.: *El drama de la autonomía militar*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

El genocidio de Guatemala a la luz de la Sociología Militar, SEPHA, Madrid, 2005.

- GARCÍA RAMÍREZ, S. (coordinador): *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- GARRETÓN, M. A.: *Reconstruir la política: transición y consolidación democrática en Chile*, Editorial Andante, Santiago de Chile, 1987.
- GARTON ASH, T.: *Historia del presente: Ensayos, retratos y crónica de la Europa de los 90*, Tusquets, Barcelona, 2000.
- GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Tomás y Valiente UNED, Valencia, 1999.
- GODWIN PHELPS, T.: *Shattered Voices. Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2004.
- GÓMEZ ROBLEDO, A.: *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A.: *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2000.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A.: *Legislación básica de Derecho internacional público*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- GRAYBILL, L. S.: *Truth and Reconciliation in South Africa: Miracle or Model?*, Lynne Rienner, Boulder, 2002.
- GUIDOS VÉJAR, R.: *El ascenso del militarismo en El Salvador*, UCA, San Salvador, 1998.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987.
- HAMALENGWA, M., FLINTERMAN, C. y DANKWA, E.V.O.: *The International Law of Human Rights in Africa. Basic Documents and Annotated Bibliography*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- HANNIKAINEN, L.: *Peremptory Norms (Jus Cogens) In International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1988.
- HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (eds.): *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- HARRIS P. y REILLY B.: *Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiators*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Suecia, 1998.
- HAYNER, P. B.: *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York, 2001.

-HENZELIN, M.: *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhann, Bâle, 2000.

-HESSE, C. y ROBERT, P. (eds.): *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, MIT Press, Cambridge, 1999.

-HOROWITZ, S. y SCHNABEL, A. (eds.): *Human Rights and Societies in Transition. Causes, Consequences, Responses*, United Nations University Press, Nueva York, 2004.

-HUFBAUER, G. C. y MITROKOSTAS, N. K.: *Awaking Moster: The Alien Tort Statute of 1789*, Insitute for International Economics, Washigton DC, 2003.

-HUNTINGTON, S. P.: *El orden político en sociedades en cambio*, Paidós, Buenos Aires, 1980.

La tercera ola : la democratización a finales del siglo XX, Paidós, Barcelona, 1994.

-INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea, San José de Costa Rica, 1998.

-INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS y COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Económica para América Latina y el Caribe, San José, 1997.

-JOHNSTONE, G.: *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Willan Publishing, Oregon, 2002.

-JOSEPH, S.: *Corporation and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

-JOSKIC, A. (ed.): *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001.

-JONES, J. R. W. D.: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998.

-KAPTEIN, H. y MALSCH, M. (eds.): *Crime, Victims and Justice*, Ashgate, Hampshire, 2004.

-KOLB, R.: *Théorie du ius cogens international. Essai de relectura du concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

-KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vols. I, II, y III, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-LAMBERT, J. J.: *Terrorism and Hostages in International Law*, Grotius, Cambridge, 1990.

- LANZA VALLADARES, L. y PEACOCK, S. C.: *In Search of Hidden Truths: An Interim Report on Declassification by the Nacional Commissioner for Human Rights in Honduras*, Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, Tegucigalpa, 1996.
- LEE, R. S. (ed.): *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- LEE, R. S. y OTROS (eds.): *The International Criminal Court : elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.
- LEKHA SRIRAM, C.: *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs. Peace in Times of Transition*, Frank Cass, Nueva York, 2004.
- LILLICH, R. B.: *International Human Rights. Problems of Law, Policy and Practice*, Little, Brown and Company, Boston, 1991.
- LINDHOLT, L., DE MESQUITA NETO, P., TITUS, D. Y ALEMIKA, E. E.: *Human Rights and the Police in Transitional Countries*, Kluwer Law International, Holanda, 2003.
- LINZ, J. J.: *Fascism, breakdown of democracy, authoritarian and totalitarian regimes: coincidences and distinctions*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 2002.
- LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996.
- LIPSET, S.: *El hombre político*, Madrid, Tecnos, 1987.
- LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LONG, J. W. y BRECKE, P.: *War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution*, The MIT Press, Cambridge, 2003.
- LÓPEZ PEREGRIN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LOZADA, S. M.: *De López Rega a Menem: Los Derechos Humanos y la Impunidad en la Argentina (1974-1999)*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1998.
- MCCLEARY, R. M.: *Dictating Democracy. Guatemala and the End of Violent Revolution*, University Press of Florida, Gainesville, 1999.
- MACEDO, S. (ed.): *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2004.
- MAISON, R.: *Le responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, Bruselas, 2004.
- MALAMUD-GOTI, J.: *Game without end. State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1996.

- MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992.
- MANI, R.: *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, Polity Press, Cambridge, 2002.
- MARRUS, M. R.: *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46: A Documentary History*, Bedford/St. Martin's, Nueva York, 1997.
- MATUS, A.: *El libro negro de la justicia chilena*, Verso, Buenos Aires, 1999.
- MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.
- MEDINA QUIROGA, C.: *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1988.
- MEGRET, F.: *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris, 2002.
- MERON, T.: *Human Rights in internal strife: Their international Protection*, Oxford Clarendon Press, Cambridge, 1989.
- MESA, R.: *Teoría y práctica de Relaciones Internacionales*, Taurus, Madrid, 1977.
- METTRAUX, G.: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- MINEAR, R. H.: *Victors' Justice. The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1972.
- MINOW, M.: *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.
- MONTIOBBIO, M.: *La metamorfosis del Pulgarito. Transición política y proceso de paz en El Salvador*, Icaria, Barcelona, 1999.
- MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MOORE, B.: *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia : El señor y el campesino en la formación del mundo moderno*, Península, Barcelona, 1991.
- MOORE, K. D.: *Pardons. Justice, Mercy and Public Interest*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- MORÁN, G.: *El precio de la transición*, Planeta, Barcelona, 1991.
- MORODO, R.: *La Transición Política*, Tecnos, Madrid, 1985.
- MORRIS, J. A.: *Honduras: Caudillo Politics and Military Rulers*, Westview Press, Boulder, 1984.
- MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *An Insider's Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995.

- The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, vols. 1 y 2, Nueva York, 1998.
- MORROW, J.: *Game Theory for Political Scientist*, Princenton University Press, Princenton, 1994 .
- MUELLER, G. O. W., y WISE, E. M. (eds.): *International Criminal Law*, New York University, Nueva York, 1965.
- NASH ROJAS, C.: *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2004.
- NAVARRO, M.: *Reflexiones sobre la violencia, el miedo y la justicia*, Universidad Nacional de San Juan, San Juan, 1997.
- NEUMANN, F.: *The democratic and the authoritarian state: essays in political and legal theory*, Free Press, Illinois, 1957.
- NINO, C. S.: *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996.
- O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L. (compiladores): *Transiciones desde un gobierno autoritario. Europa meridional – 1*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- O'DONNELL, G., y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas – 4*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- OLÁSOLO, H.: *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ORÁA ORÁA, J.: *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- ORENCH Y DEL MORAL, M. A.: *El derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.
- O'SHEA, A.: *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2002.
- OSIEL, M. J.: *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1997.
- Obeying orders: Atrocity, Military Discipline & the Law of War*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1999.
- PÁSARA, L.: *Paz, ilusión y cambio en Guatemala. El proceso de paz, sus actores, logros y límites*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, 2003.

- PELÁEZ PONCE, A. V. (ed.): *Acuerdos de Paz firmados por la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Guatemalteca (URNG)*, Universidad Rafael Landívar – Misión de Verificación de las Naciones Unidas, Guatemala, 1997.
- PELLA, V. : *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Baconnière, Neuchatel, 1964.
- PERRY, J. (ed.): *Restorative Justice. Repairing Communities Through Restorative Justice*, American Correctional Association, Maryland, 2002.
- PIZA ROCAFORT, R. E.: *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de Centro América, San José, 1989.
- PLAZA VENTURA, P.: *Los Crímenes de Guerra: Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000.
- POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.
- POPKIN, M.: *Peace without Justice*, Pennsylvania State University Press, Estados Unidos de América, 2000.
- PRZEWORSKI, A.: *La democracia y el Mercado*, Cambridge University Press, 1991.
- PUURUNEN, T.: *The Committee on Amnesty of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, Helsinki, 2000.
- QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.
- QUEREJAZU CALVO, R.: *Historia de la Guerra del Chaco*, Librería Editorial, La Paz, 1998.
- QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- QUIROGA LAVIÉ, H.: *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- RAMÍREZ, W.: *Amnistía y Constitución. Ley de Reconciliación Nacional*, Serie de Justicia y Estado de Derecho, n°. 2, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1998.
- RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S.: *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Nueva York, 1997.
- REMIRO BROTONS, A.: *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996

Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados, Tecnos, Madrid, 1987.

El caso Pinochet. Los límites de la impunidad., Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

-RETTBERG, A. (ed.): *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Uniandes, Bogotá, 2005.

-RIERA, G., CAMPOS, D y ARESTIVO, C. A. (compiladores): *Salud psicosocial, cultura y democracia en América Latina: Análisis de la Violencia Política*, vol. II, Atyha – I.P.D., Asunción, 1993.

-RIGBY, A.: *Justice and Reconciliation After the Violence*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2001.

-ROBERTSON, A.H. and MERRILLS, J.G.: *Human Rights in the world. An introduction to the study of the international protection of human rights*, Manchester University Press, Manchester, 1989.

-ROCHE, D.: *Accountability in Restorative Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.

-ROEHRING, T.: *The prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations*, McFarland & Company, INC, Publishers, Londres, 2002.

-ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

-ROHT-ARRIAZA, N.: *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2005.

-ROJAS, P. (coordinadora): *Crímenes e Impunidad: La experiencia del trabajo médico, psicológico, social y jurídico del Derecho a la Vida. Chile 1973-1996*, CODEPU-DIT-T, Santiago de Chile, 1996.

-ROSENBERG, T.: *Children of Cain: Violence and Violent in Latin America*, Penguin USA, Nueva York, 1991.

The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts after Communism, Vitange Books, Nueva York, 1996.

-ROUQUIÉ, A.: *Guerras y paz en América Central*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

-ROZAKIS, C. L.: *The Concept of ius Cogens in the Law of Treaties*, North-Holand, Amsterdam, 1976.

-RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.

El proceso de criminalización de los delitos de Derecho Internacional con posterioridad a la IIª Guerra Mundial, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1999.

-RUIZ COLOMÉ, M. A.: *Guerras civiles y guerras coloniales. El problema de la responsabilidad internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.

-SADAT, L. N.: *The International Criminal Court and the transformation of international law. Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, Nueva York, 2002.

-SALOMÓN, L.: *La Violencia en Honduras 1980-1993*, Centro de Documentación de Honduras, Tegucigalpa, 1993.

Poder Civil y Fuerzas armadas en Honduras, CEDOH-CRIES, Tegucigalpa, 1997.

-SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

-SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: *Las Organizaciones Internacionales ante las Violaciones de los Derechos Humanos*, Septem Editores, Oviedo, 2004.

-SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005.

-SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999.

-SANCINETTI, M. A.: *Los derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1987.

-SANFORD, V.: *Violencia y genocidio en Guatemala*, F&G Editores, Guatemala, 2004.

-SANJOSÉ GIL, A.: *La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional: La responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves, masivas y manifestas de los Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

-SCHABAS, W. A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004.

Genocide in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

-SCHARF, M. P.: *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Tribunal Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham, 1997.

-SCHWAN, G.: *Politics and Guilt: The Destructive Power of Silence*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2001.

-SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

-SHELTON, D. (ed.): *International crimes, peace, and human rights : the role of the International Criminal Court*, Transnational Publishers, Nueva York, 2000.

- SICILIANOS, L-A.: *The Prevention of Human Rights Violations*, Ant. N. Sakkoulas Publishers y Martinus Nijhoff Publishers, Grecia, 2001.
- SIEDER, R. (ed.): *Impunity in Latin America*, Institute of Latin American Studies, Londres, 1995.
- SPRECHER, D. A.: *Inside the Nuremberg Trial, A Prosecutor's Comprehensive Account*, vols. I y II, University Press of America, Nueva York, 1999.
- STEINER, H. y ALSTON, P.: *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 2000.
- STEPAN, A.: *Repensando a los militares en política, Cono Sur: un análisis comparado*, Planeta, Buenos Aires, 1988.
- STEPHENS, B. y RATNER, M.: *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996.
- STRANG, H.: *Repair or Revenge*, Clarendon Press, Oxford, 2002.
- STRANG, H. y BRAITHWAITE, J. (eds.): *Restorative Justice and Civil Society*, Cambridge University Press, Nueva York, 2001.
- STRICKLAND, R. A.: *Restorative Justice*, Peter Lang, Nueva York, 2004.
- SOROETA LICERAS, J. (ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vols. I, II y III, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999-2002.
- SULLIVAN, D. y TIFFT, L.: *Restorative Justice: Healing the Foundations of our everyday lives*, Willow Tree Press, Nueva York, 2001.
- SUNGA, L. S.: *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.
- TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- TOMASEVSKI, K.: *Responding to Human Rights Violations: 1946-1999*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2000.
- TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V.: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TORRES UGENA, N.: *Textos Normativos de Derecho Internacional Público*, 9ª edición, Civitas, Madrid, 2004.
- TRAVIESO, J. A.: *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999.
- TRIFFTERER, O. (ed): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.
- TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1984.

- URIOSTE BRAGA, F.: *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, IbdeF, Argentina, 2002.
- VALENCIA VILLA, H.: *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos*, Centro de Investigaciones para la Paz (CIP-FUHEM), Madrid, 2005.
- VAN DEN WYNGAERT, C. (ed.): *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments*, Martin Nijhoff Publishers, Boston, 2005.
- VAN NESS, D. W.: *International Standards and Norms Relating to Criminal Justice*, Pike & Fischer, INC, Maryland, 1997.
- VAN SLIEDREGT, E.: *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2003.
- VERBITSKY, H.: *El silencio. De Pablo VI a Bergoglio. Las relaciones de la Iglesia con la ESMA*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2005.
- El vuelo*, Ed. Planeta Espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1995.
- VEZZETTI, H.: *Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- VIEIRA, M. A.: *El Delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969.
- VILLA-VICENCIO, C. y DOXTADER, E. (eds.): *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, David Phillips, Ciudad del Cabo, 2003.
- Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, David Phillips, Ciudad del Cabo, 2004.
- VILLAGRÁN KRAMER, F.: *La responsabilidad internacional por crímenes internacionales*, Centro de Intercambios y Cooperación para América Latina, Ginebra, 1999.
- Sanciones internacionales por violaciones a los derechos humanos*, Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala, Guatemala, 1995.
- VV.AA.: *Colombia Nunca Más. Crímenes de lesa humanidad*, tomos I y II, en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/>.
- VV.AA.: *Congreso Internacional de DD.HH. frente al 2000*, Universidad de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Arg. 1998.
- VV.AA.: *Construcción de Europa, Democracia y Globalización*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001.
- VV.AA.: *Contra la impunidad, en defensa de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 1998.
- VV. AA.: *Democracia y Fuerzas Armadas en Sudamérica*, CORDES, Quito, 1988.

- VV.AA.: *Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiators*, IDEA, Estocolmo, 1998.
- VV.AA.: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000.
- VV.AA.: *Encuentro Sudáfrica-Guatemala: Sociedades en transición, experiencias de salud mental, niñez, violencia y postconflicto*, Siglo Veintiuno, 2001, Guatemala CA.
- VV.AA.: *Ensayos para la reconciliación. Derechos Humanos: Fundamento de la convivencia*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1994.
- VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.
- VV.AA.: *Facing Violence: A Path of Restorative Justice and Dialogue*, Criminal Justice Press, Nueva York, 2003.
- VV.AA.: *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*, APRODEH, Lima, 1997.
- VV.AA.: *La Declaración Universal en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Instituto de Derechos Humanos–Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- VV.AA.: *La protección de los derechos humanos en América Latina. Perspectivas europeas*, SÍNTESIS-AIETI, Madrid, 2003.
- VV.AA.: *Política y derechos humanos*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1976.
- VV.AA.: *Violencia institucional*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995.
- WALGRAVE, L. (ed.): *Repositioning Restorative Justice*, Willan Publishing, Oregon, 2003.
- WALZER, M.: *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004.
- WEINSTEIN, M.: *Uruguay. Democracy at the Crossroads*, Westview Press, Boulder, 1998.
- WEITEKAMP, E. G. M. y KERNER, H.-J.: *Restorative Justice in Context. International practise and directions*, Willan Publishing, Oregon, 2003.
- WESCHLER, L.: *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers*, Pantheon Books, Nueva York, 1990.
- WILLIAMS, P. R. y SCHARF, M. P.: *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowam & Littlefield Publishers, INC, Boston, 2002.
- WOODHOUSE, D. (ed.): *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Hart, Oxford, 2000.
- ZOVATTO, G.: *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en la América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990.

3) Trabajos en obras colectivas:

-ABELLÁN HONRUBIA, V.: “Impunidad de violaciones de los derechos humanos fundamentales en América Latina: Aspectos jurídicos internacionales”, en VV.AA.: *Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1993.

-ABREGÚ, M.: “Actuación de tribunales nacionales y el problema de la territorialidad”, en VV.AA.: *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio, XII Seminario “Duque de Abumanda”*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001.

-ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C.: “Guarining the Guardians in Argentina: Some Lessons about the Risks and Benefits of Empowering the Courts”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

-AGUIAR, A.: “La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de derechos humanos”, en VV.AA.: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. I., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

-AGUILERA PERALTA, G.: “Peace Negotiations in Guatemala”, en SANÍN, J., DÍAZ URIBE, A. y BORDA MEDINA, E.: *In Search of Peace*, Presidencia de la República de Colombia, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Universidad Pontifical Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1998.

-ALBADALEJO ESCRIBANO, I.: “Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad en Guatemala”, en BLANC ALTEMIR, A. (ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001.

-ALBARRACÍN, W.: “Bolivia: la difícil defensa de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA.: *La protección de los derechos humanos en América Latina. Perspectivas europeas*, SÍNTESIS-AIETI, Madrid, 2003.

-ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales: ¿tiempos de “ingeniería jurisdiccional”?”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

-ALIVIZATOS, N. C. y NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P.: “Politics and the Judiciary in the Greek Transition to Democracy”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

- ALLAMAND, A.: “Chile 1990: La democracia que emerge”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y VARGAS QUIROZ, C. (compiladores): *Transición Política y Consolidación Democrática en el Cono Sur Latinoamericano*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1991.
- ALMOND, H. H.: “Limits and Possibilities of International Regulation of Terrorism”, en HAN, H. H. (ed): *Terrorism, Political Violence and World Order*, University Press, Boston, 1984.
- AMBOS, K.: “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K. (coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMBOS K. y MALARINO, E.: “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en AMBOS, K. y MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003.
- ARANCIBIA CÓRDOVA, J.: “La democracia en Honduras: Balance y perspectiva”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina. Actualidad y Perspectivas*, Editorial Complutense, 1992.
- ARANGIO RUIZ, G.: “The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F. y SCISO, E. (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles, 1996.
- ARNOLD, J.: “Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal”, en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999.
- “Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países” en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999.
- ARSANJANI, M. H.: “The Rome Statute of the International Criminal Court: Exceptions to the Jurisdiction”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.
- AYLWIN, P.: “La Comisión chilena sobre la verdad y la reconciliación”, en CANÇADO TRINDADE, A. A., ELIZONDO BREEDY, G., GONZÁLEZ VOLIO, L., y ORDÓÑEZ, J. (compiladores): *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. VIII, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.
- AZCONA HOYO, J. S.: “Después de haber logrado la paz, hemos retrocedido en el desarrollo social”, en ORDÓÑEZ, J. y GAMBOA, N. (eds.): *Esquipulas, diez años*

después. ¿Hacia dónde va Centroamérica?, Hombres de Maíz – Asociación Centroamericana de Comunicación para el Desarrollo Humano, San José, 1997.

-AZPÚRU DE CUESTAS, D.: “Posibilidad de paz: nuevo rumbo para Guatemala”, en VV.AA.: *Procesos de negociación comparados en África y América Latina*, FLACSO, Guatemala, 1994.

-BARAHONA DE BRITO, A.: “Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.

-BARQUERO, P.: “La Justicia y los “desaparecidos” de las dictaduras chilenas y argentina”, en DELGADO, I. (coordinadora): *Impunidad y de derecho a la memoria*, Ed. Sequitur, Madrid, 2000.

-BASSIOUNI, M. C.: “The Need for International Accountability”, en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. III, Transnational Publishers, Nueva York, 1999.

“The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, en MACEDO, S. (ed.): *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2004.

-BERAT, L.: “South Africa: Negotiating Change?”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

-BERISTAIN, C. M.: “Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional. Papel de las políticas de Verdad, Justicia y Reparación”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005.

-BERGALI, R.: “Principios de Justicia Universal y Modernidad Jurídico-Penal”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-BERMEJO GARCÍA, R.: “El genocidio de Ruanda diez años después: una vergüenza para la comunidad internacional a la luz del principio de la “responsabilidad de proteger””, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005, pág. 272.

-BIERZANEK, R.: “The Prosecution of War Crimes”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973.

-BLAKESLEY, C. L.: “Extraterritorial Jurisdiction”, en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. II, Transnational Publishers, Nueva York, 1999.

-BOYER, J. C.: “Democratización y militarización en Honduras: Consecuencias de la guerra de la “Contra””, en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1993.

-BOLLO AROCENA, M^a. D.: “2. La responsabilidad penal internacional del individuo”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2003.

-BORÓN, A.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel político”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.

-BOS, A.: “From the International Law Commission on the Rome Conference (1994-1998)”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N^o. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-BUERGENTHAL, T.: “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en MERON, T. (ed.): *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford University Press, Nueva York, 1985

“La Comisión de la Verdad para El Salvador”, en BUERGENTHAL, T. y CANÇADO TRINDADE, A. A. (compiladores): *Estudios Especializados de Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

-BYRNES, A.: “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, en SCOTT, C. (ed.): *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

-CADY, J-C. y BOOTH, N.: “Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Complementary between state responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: The crime of state revisited”, en RAGAZZI, M. (ed.): *International responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2005.

“Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en CANÇADO TRINDADE, A. A., PEYTRINET, G., y DE SANTIAGO, J. R.: *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Porrúa, México D.F., 2003.

“La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA.: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. I., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

“Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humanos”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

“Nouvelles réflexions sur l’interdépendance ou l’indivisibilité de tous les droits de l’homme, une décennie après la conférence mondiale de Vienne”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

-CAPORALE, F.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Italia”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-CARBALLAL, T. y RUSSELL, R.: “Democracia y autoritarismo en Argentina: obstáculos a la redemocratización”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transiciones a la democracia en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985.

-CARNERERO CASTILLA, R.: “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. (ed.): *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional I*, Departamento de Derecho de Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

-CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Influencia de la noción de Comunidad Internacional en la naturaleza del derecho internacional público”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005.

-CASSESE, A.: “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court” en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

“The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-CAVAROZZI, M.: “Los ciclos políticos en la Argentina desde 1955”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

- CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C.: “Memoria y Derechos Humanos en América Latina”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (compiladores): *Duelo, Memoria, Reparación*, Fundación Manuel Cepeda Vargas, Colombia, 1998.
- CERONE, J. y BALDWIN, C.: “Explaining and Evaluating the UNMIK Court System”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- CHIGARA, B.: “Pinochet and the Administration of International Justice”, en WOODHOUSE, D. (ed.): *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Hart, Oxford, 2000.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas”, en VV.AA.: *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno*, PCS, Lima, (en prensa).
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y SÁNCHEZ BAYÓN, A.: “La Carta al descubierto: Notas críticas científico-sociales sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en BRÚ PURÓN, C.M.: *Exégesis conjunta de los Tratados Vigentes y Constitucional Europeos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- CLARK, R. S.: “Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective”, en MCCORMACK, T.L.H. y SIMPSON, G. J. (eds.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.
- COBO DEL ROSAL, M.: “Constitución y Derecho penal: El principio de legalidad en materia criminal”, en VV.AA.: *Estudios Jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, La Laguna, 1993.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T.: “El Estatuto de Roma y lo crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- CONDORELLI: “War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.
- CORCUERA CABEZUT, S.: “Las leyes de amnistía a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en CORCUERA CABEZUT, S. y GUEVARA BERMUDEZ, J. A. (compiladores): *Justicia Penal Internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001.
- CÓRDOVA MACÍAS, R.: “El Salvador: ¿Hacia una democracia negociada?”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina. Actualidad y Perspectivas*, Editorial Complutense, 1992.

- CORREA SUTIL, J. y JIMÉNEZ, F.: “No Victorious Army Has Ever Been Prosecuted...’: The Unsettled Story of Transitional Justice in Chile”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.
- COTLER, J.: “Las intervenciones militares y la “transferencia del poder a los civiles” en Perú”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- CRAWFORD, J.: “The Cork of the International Law Commission”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- CROCKER, D. A.: “Transitional Justice and International Civil Society”, en JOSKIC, A. (ed.): *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001.
- CUÉLLAR MARTÍNEZ, B.: “Los dos rostros de la sociedad salvadoreña”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005.
- DADA, H.: “Procesos de negociación comparados: el caso de El Salvador”, en VV.AA.: *Procesos de negociación comparados en África y América Latina*, FLACSO, Guatemala, 1994.
- DAVID, E.: “La regulación del principio de jurisdicción universal en la legislación belga”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- DE BERTODANO, S. “East Timor: Trials and Tribunals”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- DE MESQUITA NETO, P.: “Paths Toward Democratic Policing in Latin America”, en LINDHOLT, L., DE MESQUITA NETO, P., TITUS, D. Y ALEMKA, E. E.: *Human Rights and the Police in Transitional Countries*, Kluwer Law International, Holanda, 2003.
- DE SIERRA, G.: “Dictadura y restauración democrática en el Uruguay contemporáneo”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina. Actualidad y Perspectivas*, Editorial Complutense, 1992.
- DEL ARENAL, C.: “El nuevo escenario mundial y la teoría de las Relaciones Internacionales”, en VV.AA.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993.
- DIAMINT, R.: “Civilians and the military in Latin American democracies”, en VIGNARD, K. (ed.): *Disarmament Forum. Human Security in Latin America*, United Nations, 2002, núm. 2.
- DICKINSON, L. A.: “The Dance of Complementarity: Relationships Among Domestic, International, and Transnational Accountability Mechanisms in East Timor

and Indonesia”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability for Atrocities. National and International Responses*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2003.

-DOMÉNECH OMEDAS, J. L.: “Los sujetos combatientes”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coordinador): *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-DOMÍNGUEZ VIAL, A.: “La verdad es la fuerza de la dignidad de los oprimidos”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005.

-DRANS DE CLÉMENT, Z.: “Las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, en DRANS DE CLÉMENT, Z. (coordinador): *Estudios de Derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, t. I, Drans Lerner, Córdoba, 2002.

-DUGARD, J.: “Retrospective Justice: International Law and South African Model”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

-DULITZKY, A.: “Las amnistías en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial referencia al sistema interamericano”, en VV.AA.: *Amnistía y Reconciliación Nacional: Encontrando el Camino de la Justicia*, Myrna Mack, Guatemala, 1996.

-DURÁN, J. R.: “Honduras: El país durante la guerra y en el proceso de paz de Esquipulas”, en ORDÓNEZ, J. y GAMBOA, N. (eds.): *Esquipulas, diez años después. ¿Hacia dónde va Centroamérica?*, Hombres de Maíz – Asociación Centroamericana de Comunicación para el Desarrollo Humano, San José, 1997.

-ELSTER, J.: “On Doing What One Can: An Argument Against Post-Communist Restitution and Retribution”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “El principio de complementariedad”, en YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.

“La protección internacional de los derechos humanos” en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 15ª edición, Madrid, 2005.

-ESER, A.: “Mental Elements-Mistake of Fact and Mistake of Law”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-ETCHESON, C.: “The Politics of Genocide Justice in Cambodia”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal*

Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-EVANS, M. D.: "State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm", en FITZMAURICE, M. y SAROOSHI, D.: *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart, Portland, 2004.

-FAKHOURI GÓMEZ, Y.: "La Competencia de la Corte Penal Internacional: Competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control", en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (coordinadores): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

-FIGUEROA IBARRA, C.: "Guatemala en el umbral del siglo XXI", en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1993.

-FLORES, M.: "Desarrollo de la responsabilidad penal del individuo", en DRNAS DE CLÉMENT, Z.: *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I., Drnas-Lerner, Argentina, 2002.

-FREILER, E.: "El principio de Justicia Universal y su regulación en América Latina", en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-FRÜLING EHRLICH, H.: "La defensa de los Derechos Humanos en el Cono Sur. Dilemas y perspectivas de futuro", en FRÜLING EHRLICH, H. (ed.): *Represión política y defensa de los Derechos Humanos*, CESOC, Chile, 1986.

"Police and Society in Transitional Countries: The Case of Latin America", en LINDHOLT, L., DE MESQUITA NETO, P., TITUS, D. y ALEMIKA, E. E.: *Human Rights and the Police in Transitional Countries*, Kluwe Law International, Holanda, 2003.

-GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos", en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

-GARCÍA SAYÁN, D.: "Amnistías, verdad y justicia", en VV.AA.: *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*, APRODEH, Lima, 1997.

-GARRETÓN, M. A.: "La evolución política del régimen militar chileno y los problemas en la transición a la democracia", en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

-GARTON ASH, T.: "Juicios, Purgas y Lecciones de Historia", en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

-GIL GIL, A.: "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "Los Elementos de los Crímenes", en AMBOS, K

(coordinador): *La nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-GIRÓN, J.: “Partidos políticos, militares y transiciones en Argentina”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997.

-GIRÓN, P.: “La guerra civil y el proceso de paz en El Salvador”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997.

-GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad”, en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001.

“Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-GONZÁLEZ, H.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel sociológico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.

-GONZÁLEZ M., F.: “Leyes de Amnistía y Violaciones Graves a los Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Amnistía y Reconciliación Nacional: Encontrando el Camino de la Justicia*, Myrna Mack, Guatemala, 1996.

-GRASA, R.: “Centroamérica en el sistema internacional de Posguerra Fría”, en CARDENAL, A. S. y MARTÍ I PUIG, S. (compiladores): *América Central, las democracias inciertas*, Madrid, Tecnos, 1998.

-GROS ESPIELL, H.: “International responsibility of the State and individual criminal responsibility in the international protection of human rights”, en RAGAZZI, M. (ed.): *International responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2005.

“Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.

-GILLESPIE, C. G.: “La transición uruguaya desde el gobierno tecnocrático-militar colegiado”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. América Latina – 2*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

-GUTIÉRREZ, E.: “La disputa del pasado”, en VV.AA.: *Encuentro Sudáfrica-Guatemala: Sociedades en transición, experiencias de salud mental, niñez, violencia y postconflicto*, Siglo Veintiuno, Guatemala, 2001.

-GUTIÉRREZ, G.: “Reflexiones sobre la impunidad” en VV.AA.: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad*, Bogotá, 1991.

-GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

“Sobre las normas imperativas del derecho internacional”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005.

-GUZMÁN, J. O. y PORTILLO, M. A.: “Honduras: El ajuste estructural, eje económico de la década de los noventa”, en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1993.

-HAINES, A. D.: “Accountability in Sierra Leona: The Role of the Special Court”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability for Atrocities. National and International Responses*, Transnational Publishers, Nueva York, 2003.

-HEYNS, C.: “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

-HIGGINS, R.: “The general international law of terrorism”, en HIGGINS, R. y FLORY, M. (eds.): *Terrorism and International Law*, Routledge, Londres, 1997.

-HOLMES, J. T.: “Complementarity: national Courts versus the ICC”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 2, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-HUESA VINAIXA, R.: “Incrimination universal y tipificación convencional. (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-JARAMILLO, L. E.: “Duelo en situaciones de violencia”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (compiladores): *Duelo, Memoria, Reparación*, Fundación Manuel Cepeda Vargas, Colombia, 1998.

-KALECK, W.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Alemania”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-KAUFMAN, R. R.: “Liberalización y democratización en América del Sur: perspectivas a partir de las década de 1970”, en O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

-KAUL, H.-P.: “The International Criminal Court: Jurisdiction, Trigger Mechanism and Relationship to National Jurisdictions”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome*

Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.

-KIDANE, W. L.: “The Ethiopian “Red Terror” Trials”, en BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict Justice*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2001.

-KIRSCH, P., QC y OOSTERVELD, V.: “The Post-Rome Conference Preparatory Commission”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-KIRSCH, P., QC y ROBINSON, D.: “Reaching Agreements at the Rome Conference”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-LAGOS, G. Y ARMANET, P.: “Transnacionalismo, transición a la democracia e interacción entre factores externos e internos en la política latinoamericana”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transiciones a la democracia en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985.

-LA RUE, F.: “The Right to Truth in Central America”, en SIEDER, R. (ed.): *Impunity in Latin America*, Institute of Latin American Studies, Londres, 1995.

-LATTANZI, F.: “The International Criminal Court and National Jurisdictions”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.

-LINZ, J. J.: “Totalitarian and Authoritarian Regimes”, en GREENSTEIN, F. I. y POLSBY, N. W. (eds.): *Handbook of Political Science, Vol. III: Macropolitical Theory*, Addison-Wesley, Massachussetts, 1975.

-LIROLA DELGADO, I.: “La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-LÓPEZ, G.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel político”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.

-LOZANO, C. E.: “La impunidad y las formas de combatirla”, en VV.AA.: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad*, Bogotá, 1991.

-LLEWELLYN, J.: “Just Amnesty and Private International Law”, en SCOTT, C. (ed.): *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

-MACK CHANG, H. B.: “La Reconciliación en Guatemala: un proceso ausente”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005.

-MAHONEY-NORRIS, K.: "Democracy, Human Rights, and National Security in Central America: Irreconcilable Bedfellows?", en CAMPBELL, P. J. y MAHONEY-NORRIS, K. (eds.): *Democratization and the Protection of Human Rights. Challenges and Contradictions*, Praeger, Londres, 1998.

-MALAMUD-GOTI, J.: "Punishing Human Rights Abuses in Fledgling democracies: The Case of Argentina", en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: "En torno a la prohibición de la tortura", en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005.

"La Convención contra la Tortura", en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

"Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y derecho internacional", en VV.AA.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993.

-MÁRKÓ, Z.: "La agenda política de la transición chilena", en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997.

-MÁRQUEZ CARRASCO, M. C.: "La nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz: La práctica reciente del Consejo de seguridad", en VV.AA.: *La Asistencia Humanitaria en Derecho Internacional Contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.

-MARXCHIK, A.: "The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes", en MCCORMACK, T.L.H. y SIMPSON, G. J. (eds.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

-MAYORGA, R. A.: "Democracy Dignified and End to Impunity: Bolivia's Military Dictatorship on Trial", en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

-MCGOLDRICK, D.: "State Responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights", en FITZMAURICE, M. y SAROOSHI, D.: *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart, Portland, 2004.

-MEIJER, E. E.: "The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization, and Procedure of an Internationalized Tribunal", en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

- MEJÍA, T.: “La experiencia de Honduras en la resolución alternativa de conflictos y la construcción de consensos”, en ÁLVAREZ, O. (ed.): *América Central: del conflicto a la negociación y el consenso*, Universidad para la Paz, San José, 1999.
- MEKHEMAR, L.: “The Status of the Individual in the Statute of the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate-Dartmouth, Inglaterra, 2001.
- MÉNDEZ, J. E.: “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, M y OTROS (eds.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997.
- “In Defense of Transitional Justice”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.
- MERA, J.: “Chile: Truth and Justice under the Democratic Government”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- MERKEL, W. y CROISSANT, A.: “La democracia defectuosa como régimen político: Instituciones formales e informales”, en MÁIZ, R. (ed.): *Construcción de Europa, Democracia y Globalización* (vol. I), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001.
- MICHNIK, A. y HAVEL, V.: “La extraña época del postcomunismo”, en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.
- MILÁ MORENO, J.: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- MIRROR, M.: “Innovating Responses to the Past: Human Rights Institutions”, en BIGGAR, N. (ed.): *Burying the past: making the peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington DC, 2001.
- NAGY, M.: “La caída de la dictadura y el nuevo sistema político en Uruguay”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997.
- NEILD, R.: “Lessons of Police Reform from Central America and Haiti”, en LINDHOLT, L., DE MESQUITA NETO, P., TITUS, D. Y ALEMIKA, E. E.: *Human Rights and the Police in Transitional Countries*, Kluwer Law International, Holanda, 2003.
- NIKKEN, P.: “El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de El Salvador y Guatemala”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I., Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.

“El concepto de derechos humanos”, en VV.AA.: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. I., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

-NINO, C. S.: “Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put in Context: The Case of Argentina”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-NOOR MUHAMMAD, H. N. A.: “Due Process of Law for Persons Accused of Crime”, en HENKIN, L. (ed.): *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981.

-NORTH, L.: “El proceso de paz salvadoreño y su relevancia para Guatemala”, en VV.AA.: *Procesos de negociación comparados en África y América Latina*, FLACSO, Guatemala, 1994.

-OLLÉ SESÉ, M.: “Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-ORENTLICHER, D. F.: “A reply to professor Nino”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

“Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-ORREGO VICUÑA, F.: “Consenso y disenso en la transición a la democracia: el caso de Chile”, en ORREGO VICUÑA, F. (compilador): *Transición a la democracia en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985.

-ORTIZ RUIZ, E. F. y SÁNCHEZ, I.: “El Salvador: La construcción de nuevos caminos”, en VILAS, C. (coordinador): *Democracias emergentes en Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1993.

-PACE, W. R. y SCHENSE, J.: “The Role of Non-Governmental Organizations”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

-PASTOR PALOMAR, A.: “Soberanías fallidas y virtuales en el comienzo del nuevo milenio: Afganistán, Irak, R.D. del Congo, Sudán...”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

-PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *ius cogens* internacional”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, 1979.

- PECES BARBA, G: “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA: *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia, Murcia, 1981.
- PELÁEZ MARÓN, J. M.: “El desarrollo del derecho internacional penal en el Siglo XX”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- PELLADINI, C.: “Los crímenes de guerra”, en YÁNEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.
- PELLET, A.: “Entry and Amendment of the Statute”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J. R. W. D. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- “Internationalized Courts: Better Than Nothing...”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- PEÑA, D. H.: “La impunidad: apenas la punta del iceberg”, en VV.AA.: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad*, Bogotá, 1991.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “*Ius in bello, ius ad bellum* y derechos humanos (a propósito de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el Muro)”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005.
- “La responsabilidad internacional (II)”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 15ª edición, Madrid, 2005.
- “La subjetividad internacional (I): La personalidad internacional de otros sujetos”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 15ª edición, Madrid, 2005.
- PETIT GABRIEL, E. W.: “La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- PICO DE COAÑA, Y.: “La compleja construcción de la democracia en América Latina a la luz de los nuevos cambios”, en BALLETBÒ, A. (ed.): *La consolidación democrática en América Latina*, Editorial Hacer, Barcelona, 1994.
- PIGNATELLI MECA, F.: “El derecho penal internacional. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coordinador): *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PIGRAU SOLÉ, A.: “Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”,

en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-PINTO, M.: “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M y COURTIS, CH. (compiladores): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

-PIRAGOFF, D. K.: “Article 30. Mental element”, en TRIFFTERER, O. (ed): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

-POOLE, J. L.: “Post-Conflict Justice in Sierra Leone”, en BASSIOUNI, M. C.: *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.

-POPKIN, M.: “El Salvador: A Negotiated End to Impunity?”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

-PRZEWORSKI, A.: “Algunas problemas en el estudio de la transición hacia la democracia”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

-QUEL LÓPEZ, F.J.: “La competencia material de los Tribunales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-RAMA MONTALDO, M.: “Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional”, en VV.AA.: *El derecho internacional un mundo en transformación, Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

-REMIRO BROTONS, A.: “Carta de las Naciones Unidas-Nuevo Orden: ida y vuelta”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

“La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

-RIAL, J.: “Uruguay: El reencuentro en la democracia”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y VARGAS QUIROZ, C. (compiladores): *Transición Política y Consolidación Democrática en el*

- Cono Sur Latinoamericano*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1991.
- RINESI, E.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel sociológico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.
- RIPOL CARRULLA, S.: “La respuesta desde el sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales” en SOROETA LICERAS, J. (ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Derecho internacional penal y derecho penal internacional”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ, M.: “El sindicalismo en la transición política argentina”, en ANDERLE, A. y GIRÓN, J. (eds.): *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1997.
- RODRÍGUEZ RESCIA, V. M.: “Eficacia jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA, R. (ed.): *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática N°. 4, Escuela Diplomática/ Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.
- “Un estudio sobre la Parte General del derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de derecho penal”, en YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.
- ROHT-ARRIAZA, N.: “El papel de los actores internacionales en los procesos nacionales de responsabilidad”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.
- “Punishment, Redress, and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute, and Provide Redress”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- “Nontreaty Sources of the Obligation to Investigate and Prosecute”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

“Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Status Limitation, and Superior Orders”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

-ROSENBERG, T.: “Tierras embrujadas”, en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

-ROSENSTOCK, R.: “An international criminal responsibility of States?”, en VV.AA.: *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*. Naciones Unidas, Nueva York, 1997.

-ROUQUIÉ, A.: “La desmilitarización y la institucionalización de los sistemas políticos dominados por los militares en América Latina”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

-ROZAKIS, CH. L.: “How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-Law on the Concept of Jurisdiction”, en VV.AA.: *El derecho internacional: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

-RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

-RUIZ CONTARDO, E.: “Chile: ¿Un camino “democrático” antipopular?”, en GONZÁLEZ CASANOVA, P. y ROITMAN ROSENMAN, M. (coordinadores): *La democracia en América Latina. Actualidad y Perspectivas*, Editorial Complutense, 1992.

-RYU, P. K. y SILVING, H.: “International Criminal Law –A Search for Meaning–”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973.

-RZEPLINSKI, A.: “A Lesser Evil?”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-SANAHUJA, J. M.: “Los militares: ¿De la centralidad a la periferia?”, en CARDENAL, A. S. y MARTÍ I PUIG, S. (compiladores): *América Central, las democracias inciertas*, Madrid, Tecnos, 1998.

-SAMPER PIZANO, D.: “El fracaso internacional de la Seguridad Nacional”, en VV.AA.: *Documentos del III Foro de los Derechos Humanos*, Editorial Colombia Nueva, Bogotá, 1983.

-SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia”, en NIETO NAVIA, R. (ed.): *La Corte y el Sistema*

Interamericanos de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994.

-SANTAMARÍA, J.: “Transición controlada y dificultad de consolidación: el ejemplo español”, en SANTAMARÍA, J. (compilador): *Transición a la democracia en el sur de Europa y América Latina*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982.

-SCHABAS, W. A.: “Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leona”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-SCHMITTER, P. C.: “La Transitología: ¿ciencia o arte de la democratización?”, en BALLETBÒ, A. (ed.): *La consolidación democrática en América Latina*, Editorial Hacer, Barcelona, 1994.

-SCHWARTZ, H.: “Lustration in Eastern Europe”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

-SCHWARZENBERGER, G.: “The problem of an International Criminal Law”, en MUELLER, G. O. W., y WISE, E. M. (eds.): *International Criminal Law*, New York University, Nueva York, 1965.

-SHRAGA, D.: “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-SIEDER, R.: “Políticas de guerra, paz y memoria en América Central”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.

-SLEPOY PRADA, C.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

-SMITH, A.: “Sierra Leona: The Intersection of Law, Policy and Practice”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

-SNODGRASS GODOY, A.: “Una perspectiva “invertida” de la justicia transicional: lecciones de Guatemala”, en RETTBERG, A. (ed.): *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Uniandes, Bogotá, 2005.

-SPINEDI, M.: “International Crimes of State: The Legislative History”, en WEILER, J. H. H., CASSESE, A., y SPINEDI, M.: *International Crimes of State. A critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlín, 1989.

- STEPAN, A.: “Caminos hacia la redemocratización: consideraciones teóricas y análisis comparativos”, en O’DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas – 3*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- SWINARSKI, C.: “Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.
- TAPPATÁ DE VALDEZ, P.: “Argentina. El pasado, un tema central del presente. La búsqueda de verdad y justicia como construcción de una lógica democrática”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G.: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005.
- TAYLOR, R. S.: “Better Late Than Never: Cambodia’s Joint Tribunal”, en STROMSETH, J. E. (ed.): *Accountability for Atrocities. Nacional and International Responses*, Transnacional Publishers, Nueva York, 2003.
- TAVARES, J.: “El crimen de genocidio”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- THONON, S.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en Francia”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- VALENCIA VILLA, H.: “El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional”, en YÁNEZ-BARNUEVO, J. A. (coordinador): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.
- VAN WESS, D. W.: “Restorative Justice and International Human Rights”, en GALAWAY, B. y HUDSON, J. (eds.): *Restorative Justice: International Perspectives*, Kugler Publications, Amsterdam, 1996.
- VARGAS CARREÑO, E.: “El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho internacional”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.
- VERHOEVEN, J.: “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, en VERHOEVEN, J. (dir): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Boeck & Larcier, Bruselas, 2004.
- VV.AA.: “Argentina”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. II, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.
- VV.AA.: “Chile”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. II, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

- VV.AA.: “Uruguay”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. II, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.
- VV.AA.: “Continuismo y ruptura: El caso de Chile”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y VARGAS QUIROZ, C. (compiladores): *Transición Política y Consolidación Democrática en el Cono Sur Latinoamericano*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1991.
- WLADIMIROFF, M.: “The individual within international law”, en THAKUR, R. y MALCONTENT, P.: *From Sovereign Impunity to International Accountability. The Search for Justice in a World of States*, United Nations University Press, Nueva York, 2004.
- WOMACK, B.: “The Development and Recent Applications of the Doctrine of Command Responsibility: With Particular Reference to the *Mens Rea* Requirement”, en YEE, S (ed.): *International Crime and Punishment*, University Press of America, Nueva York, 2003.
- ZAFFARONI, E. R.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel jurídico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “El establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional: Grandezas y servidumbres”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

4) Artículos en revistas y publicaciones periódicas:

- ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité internationale de l’individu”, en *R. des. C.*, núm. 280, 1999.
- ABIN, C.: “Régimen jurídico de la Corte Penal Internacional: La lucha continua”, en *Revista del Sur*, núm 118, 2001.
- AGEITOS, S. M.: “La Historia de la Impunidad - Argentina (1976/1989): Desde las Actas del Proceso a los Indultos de Menem”, en KO’AGA ROÑE’ETA, sección X, 1997, en <http://www.derechos.net/koaga/ageitos/>.
- AKHAVAN, P.: “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.
- “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996.
- ALCÁNTARA SÁEZ, M. y FLORIA, C.: *Democracia, transición y crisis en Argentina*, Cuadernos de CAPEL N°. 33, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, 1990.

- ALLAIN, J. y JONES, J. R. W. D.: "A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", en *EJIL*, vol. 8, n°. 1, 1997.
- ÁLVAREZ, J. E.: "Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004.
- AMBOS, K.: "Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina", en *Revista Penal*, n°. 10, julio 2002.
- ARMENDÁRIZ, L.: "Crímenes de Guerra en conflictos armados internos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005.
- ARNOLD, R.: "Military Criminal Procedures and Judicial Guarantees. The Example of Switzerland", en *JICJ*, vol. 3, num. 3, 2005.
- AVINOR, S.: "The fallacy of the convencional theory on the historical development of the concept of criminal liability", en *CLF*, vol. 15, núm. 4, 2004.
- BACHELET, M.: "Los estudios comparados y la relación civil-militar. Reflexiones tras una década de consolidación democrática en Chile", en *Fuerzas Armadas y Sociedad*, año 17, núm. 4, 2002.
- BANTEKAS, I.: "The Contemporary Law of Superior Responsibility", en *AJIL*, vol. 93, núm. 3, 1999.
- BARBOZA, J.: "International Criminal Law", en *R. des. C.*, núm. 278, 1999.
- BARRIA, L. y ROPER D., S.: "How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR", en *IJHR*, vol. 9, núm. 3, 2005.
- BASSIOUNI, M. C.: "El Derecho penal internacional. Historia, objeto y contenido", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.
- "From Versailles to Rwanda in seventy-five years : the need to establish a permanent international criminal court", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997.
- "International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes", en *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, N°.4, 1996.
- "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 1, 2001.
- BENNOUNA, M.: "La Création d'une Jurisdiction Pénale Internationale et la Souveraineté des États", en *AFDI*, vol. XXXVI, 1990.
- BLANC ALTEMIR, A.: "El establecimiento de Salas de composición mixta (internacional e interna) en el sistema judicial nacional, ¿otro modo (eficaz) de combatir los crímenes internacionales?", en *REDI*, vol. LVI, núm. 1, 2004.

“El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario”, en *ADI*, vol. XIX, 2003.

-BLANCO CORDERO, I.: “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, en *La Ley*, vol. 2, 2004.

-BOED, R.: “The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 33, núm. 2, 2000.

“State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 3, 2000.

-BOISTER, N.: “Transnational Criminal Law?”, en *EJIL*, vol. 14, nº. 5, 2003.

-BOISTER, N. y BURCHILL, R.: “The Pinochet Precedent: Don’t Leave Home Without It”, en *CLF*, vol. 10, núm. 4, 1999.

-BOLLO AROCENA, M^a. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República Democrática del Congo c. Francia”, en *REDI*, vol. LVI, núm. 1, 2004.

-BOTTINI, G.: “Universal Jurisdiction after the creation of the International Criminal Court”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, núm. 2, 2004.

-BOWETT, D. W.: “Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility”, en *EJIL*, vol. 9, nº. 1, 1998.

-BRADLEY A., C.: “The Alien Tort Statute and Article III”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002.

-BROWN, A. S.: “Adiós Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentina”, en *Texas International Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2002.

-BRUBACHER, M. R.: “Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004.

-BUERGENTHAL, T.: “Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law”, en *R. des. C.*, núm. 235, 1992-IV.

-CALDUCH CERVERA: “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, en *REDI*, vol. LIII, nº. 1 y 2, 2001.

-CAMPBELL, C.: “Peace and the laws of war: The role of international humanitarian law in the post-conflict environment”, en *RICR*, Nº. 839, 2000.

-CAPELLÀ I ROIG, M.: “Jurisdicciones Gacaca: Una solución local al genocidio ruandés”, en *REDI*, vol. LVI, núm. 2, 2004.

-CARDENAL, A. S. y MARTÍ I PUIG, S. (compiladores): *América Central, las democracias inciertas*, Madrid, Técnos, 1998.

-CARDONA LLORENS, J.: “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional”, en *ADI*, vol. VIII, 1985.

-CARRILLO SALCEDO, J. A.: “La Cour pénale internationale: l’humanité trouve une place dans le droit international”, en *RGDIP*, vol. 103, n° 1, 1999.

-CASSEL, D.: “Lessons from Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.

-CASSESE, A.: “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, en *EJIL*, vol. 10, n° 1, 1999.

“On the Current Trends toward Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law”, en *EJIL*, vol. 9, n° 1, 1998.

“When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on *the Congo v. Belgium Case*”, en *EJIL*, vol. 13, n° 4, 2002.

-CEBADA ROMERO, A.: “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en *REEI*, N° 4, 2002.

-CHASQUETTI, D. Y BUQUET, D.: “La Democracia en Uruguay: Una partidocracia de consenso”, en *Revista Política*, núm. 42, 2004.

-CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “De la pena de muerte al Derecho: Reflexiones y marco jurídico internacional sobre la pena capital”, en *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Guatemala*, n° IV, primer semestre del 2002.

“Democracia y autoritarismo en Iberoamérica: En busca de la década perdida (1995-2005)”, en *Revista América Latina Hoy*, (en prensa).

-CHIPOCO, C.: “El derecho a la verdad”, en *Paz*, núm. 28, 1994.

-CLARK, R. S.: “Rethinking Agression as a Crime and Formulating its Elements: The Final Cork-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, en *Leiden Journal of International Law*, núm. 15, 2002.

“The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences”, en *CLF*, vol. 12, n° 3, 2001.

-COLA ALBERICH, J.: “Diario de acontecimientos referentes a España durante los meses de agosto y septiembre de 1975”, en *Revista de Política Internacional*, núm. 141, 1975.

-COLLINS G., M.: “The Diversity Theory of the Alien Tort Statute”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002.

-CONDORELLI, L.: “La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il sois accompli...)”, en *RGDIP*, vol. 103, n° 1, 1999.

“Le Tribunal Penal Internacional pour l’Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998.

“L’imputation à l’État d’un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances”, en *R. des C.*, núm. 189, 1984-VI.

-CÔTÉ, L.: “Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law”, en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005.

-COWLES B., W.: “Universality of Jurisdiction Over War Crimes”, en *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945.

“Trials of War Criminales (Non-Nuremberg)”, en *AJIL*, vol. 42, núm. 2, 1948.

-CRAWFORD, J., BODEAU, P. y PEEL, J.: “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des états de la Commission du Droit International”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 104, núm. 4, 2000.

-CRAWFORD, J., PELL, J., y OLLESON, S.: “The ILC’S Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, en *EJIL*, vol. 12, n°. 5, 2001.

-DAMGAARD, C.: “The Special Court for Sierra Leone: Challenging the Tradition of Impunity for Gender-based Crimes”, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, núm. 4, 2004.

-DAWN ASKIN, K.: “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

-DEL PONTE, C.: “Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004.

-DELLA MORTE, G.: “De-Mediatizing the *Media* Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

-DE WET, E.: “The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”, en *EJIL*, vol. 15, n°. 1, 2004.

-DODGE, S. W.: “The Constitutionality of the Alien Tort Statute: Some observations on Text and Context”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002.

-DONNEDIEU DE VABRES, H.: “Le Procès de Nuremberg devant les Principes Modernes du Droit International Pénal”, en *R. des C.*, núm. 70, 1947-I.

-DOSWALD-BECK, L. y VITÉ, S.: “Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos”, en *RICR*, N°. 116, 1993.

-DUBOIS, O.: “Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional”, en *RICR*, N°. 144, 1997.

- DUFOUR, G.: “¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?”, en *RICR*, N°. 840, 2000.
- DUGARD, J.: “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, núm. 4, 1999.
- ELAGAB, O. Y.: “The special court for Sierra Leone: some constraints”, en *IJHR*, vol. 8, n°. 3, 2004.
- EUSTATHIADES, C. TH.: “Les sujets du Droit international et le responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, en *R. des C.*, núm. 84, 1953-III.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)”, en *REDI*, vol. XLVII, n°. 2, 1996.
- FERNÁNDEZ PONS, X.: “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, en *REEI*, N°. 5, 2002.
- FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, en *ADI*, vol. XVIII, 2002.
- “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo” en *Revista IIDH*, núm. 27, 1998.
- FIERENS, J.: “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, H.: “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002.
- FLETCHER, L. E., y WEINSTEIN, H. M.: “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, en *HRQ*, vol. 24, núm. 3, 2002.
- FORSYTH, D.: “The UN and Human Rights at Fifty: An Incremental but Incomplete Revolution”, en *Global Governance*, núm. 1, 1995.
- GAETA, P.: “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, en *EJIL*, vol. 10, n°. 1, 1999.
- GAJA, G.: “*Ius cogens beyond the Viena Convention*”, en *R. des C.*, núm. 172, 1981-III.
- GALÁN MARTÍN, J. L.: “El Caso Scilingo: breve crónica judicial”, en *Revista La Ley Penal*, n°. 25, año III, 2006.
- GARCÍA COVARRUBIAS, J.: “La profesión militar ayer y mañana”, en *Red de Seguridad y Defensa de América Latina*, marzo, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, 2003.

- GARRAWAY, CH.: “Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada”, en *RICR*, N°. 836, 1999.
- GARRETÓN, M. A.: “De la transición a la calidad en la democracia de Chile”, en *Revista Política*, núm. 42, 2004.
- GAVRIELIDÉS, T.: “Restorative justice: Are we there yet? Responding to the Home Office’s Consultation Questions”, en *CLF*, vol. 14, núm 4, 2003.
- GAVRON, J.: “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of International Criminal Court”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 1, 2002.
- GEDDES, B.: “A Game Theoretic Model of Reform in Latin American Democracies”, en *American Political Science Review*, vol. 85, núm. 2, 1991.
- GUILLAUME, G.: “Terrorisme et Droit International”, *R. des. C.*, núm. 215, 1989-III.
- GIRALDO MORENO, J.: “Colombia: esta democracia genocida”, en *Cuadernos Cristianisme i Justícia* n° 61, Cristianisme i Justícia, Barcelona, 1994.
- GOBBI, H. J.: “El sujeto en el derecho internacional contemporáneo”, en *AHLADI*, vol. 2, 1963.
- GÓMEZ ROBLEDO, A.: “Le *ius cogens* international: Sa genèse, son ature, ses fonctions”, en *R. des C.*, núm. 172, 1981-III.
- GRADITZKY, T.: “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, en *RICR*, N°. 145, 1998.
- GRAVEN, J.: “Les Crimes contre L’humanité”, en *R. des. C.*, núm. 76, 1950-I.
- GREPPI, E.: “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, en *RICR*, N°. 835, 1999.
- GROSS, A. M.: “The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, 2004.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “El punto final (¿?) de un largo debate: Los crímenes internacionales”, en *REDI*, vol. LIII, n°. 1 y 2, 2001.
- HADDEN, T. y HARVEY, C.: “El derecho de los conflictos y crisis internos”, en *RICR*, N°. 833, 1999.
- HAGOPIAN, F.: “Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia en Brasil y Chile”, en *Política y Gobierno*, vol. XII, núm. 1, 2005.
- HAGOPIAN, M.: “After regime change. Authoritarian legacies, political representation, and democratic future of South America”, en *World Politics*, vol. 45, 1993.

- HAMPSON, F. O.: "Can Peace-building work?", en *Cornell International Law Journal*, núm. 10, 1997.
- HAYS BUTLER, A.: "The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of The Literature", en *CLF*, vol. 11, núm. 3, 2000.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Actualidad Penal*, núm. 2, semana del 10 al 16 de enero, 2000.
- HUYSE, L.: "Justice After Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, núm. 1, 1995.
- IMBLEAU, M.: "Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial", en *CLF*, vol. 15, núms. 1-2, 2004.
- JALLOW, H. B.: "Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice", en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005.
- JIMÉNEZ CORTÉS, C.: "La responsabilidad del individuo ante el Derecho internacional: hacia una sistematización de los delitos", en *Agenda ONU*, n°. 1, 1998.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F.: "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?", en *ADI*, vol. XVIII, 2002.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. B.: "La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna", en *AHLADI*, vol. 14, 1999.
- JOCHNICK, C.: "Confronting the Impunity of Non-State Actors. New Fields for the Promotion of Human Rights", en *HRQ*, vol. 21, núm. 1, 1999.
- KEITH MAY, C.: "La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente", en *RICR*, N°. 145, 1998.
- KEMP, S.: "The inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the search for justice in national courts", en *CLF*, vol. 15, núms. 1-2, 2004.
- KIRSCH, P. y HOLMES, J. T.: "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999.
- KLEFFNER, J. K.: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003.
- KOJI, T.: "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights", en *EJIL*, vol. 12, n°. 5, 2001.
- KOROWICZ, M. ST.: "The Problem of the international personality of individuals", en *AJIL*, vol. 50, núm. 3, 1956.
- KRITZ J., N.: "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.

-KRUIJT, D. y KOONINGS, K.: “Fuerzas Armadas y política en América Latina: perspectivas futuras”, en *Iberoamérica. América Latina-España-Portugal*, Año II, núm. 8, 2002.

-KRYLOV, S. B.: “Les notions principales du droit des gens”, en *R. des C.*, núm. 70, 1947-I.

-KUNZ, J. L.: “The United Nations Convention on Genocide”, en *AJIL*, vol. 43, núm. 4, 1949.

-LATTANZI, F.: “Competence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États”, en *RGDIP*, vol. 103, n.º. 2, 1999.

-LEE BOYD, K.: “Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness”, en *Texas International Law Journal*, vol. 40, núm. 1, 2004.

-LEKHA SRIRAM, C.: “Revolutions in Accountability: New Approaches To Past Abuses”, en *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 2, 2003.

-LELIEUR-FISCHER, J.: “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour? The 2003 Decision of the French Court of Cassation in *Aussaresses*”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004.

-LINTON, S.: “Nuevas medidas para el establecimiento de una justicia internacional en Camboya y en Timor Oriental”, en *RICR*, N.º. 845, 2002.

“Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice”, en *CLF*, vol. 12, núm 2, 2001.

-LINZ, J. J. y STEPAN, A.: “Toward Consolidated Democracies”, en *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, 1996.

-LOVEMAN, B.: “Soberanía, Regímenes Militares, Derechos Humanos y Memoria Social en América Latina”, en *Persona y Sociedad*, vol. XIV, N.º. 1, abril 2000.

-MAIER, H. G.: “Extraterritorial Jurisdiction at a crossroads: An intersection between public and private international law”, en *AJIL*, vol. 76, núm. 2, 1982.

-MAINA PETER, C.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, N.º. 144, 1997.

-MAPULANGA-HULSTON K., J.: “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, en *IJHR*, vol. 6, núm. 4, 2002.

-MANGAS MARTÍN, A.: “Derechos humanos y Derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos internos”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989.

-MANN, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, en *R. des. C.*, núm. 111, 1964-I.

“The Doctrine of International Jurisdiction after twenty years”, en *R. des. C.*, núm. 186, 1984-III.

- MANNER, G.: "The Object Theory of the Individual in International Law", en *AJIL*, vol. 46, 1952.
- MARINÑO MENÉNDEZ, F. M.: "Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en Derecho internacional", en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. III, 1999.
- MARSTON DANNER, A.: "Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 97, núm. 3, 2003.
- MCDONALD, A.: "El Tribunal especial para Sierra Leona: una instancia con recursos limitados", en *RICR*, N°. 845, 2002.
- MÉGRET, F.: "Justice in Times of Violence", en *EJIL*, vol. 14, n°. 2, 2003.
- MÉNDEZ, J. E.: "Responsabilización por los abusos del pasado", en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 7/8, 1998.
- MENON, P. K.: "The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine", en *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 1, 1992.
- MERON, T.: "International Criminalization of Internal Atrocities", en *AJIL*, vol. 89, núm. 3, 1995.
- "Is International Law Moving towards Criminalization?", en *EJIL*, vol. 9, n°. 1, 1998.
- "On a Hierarchy of International Human Rights", en *AJIL*, vol. 80, núm. 1, 1986.
- "State Responsibility for Violations of Human Rights", en *American Society of International Law / Proceedings of the 83rd Annual Meeting*, 1989.
- "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", en *AJIL*, vol. 88, núm. 1, 1994.
- MILLER, R. H.: "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity", en *AJIL*, vol. 65, núm. 3, 1971.
- MOKHTAR, A.: "Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights", en *IJHR*, vol. 8, núm. 1, 2004.
- MORRIS, M. H.: "International guidelines against impunity: Facilitating accountability", en *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, N°. 4, 1996.
- "The Trials of Concurrent Jurisdiction: The Case of Rwanda", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm. 7, 1997.
- MOSE, E.: "Main Achievements of the ICTR", en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

-MÜLLER, E.: “La dictadura en el lenguaje”, en *Psyche-navegante*, núm. 68, agosto de 2005 (disponible en <http://www.psyche-navegante.com>).

-MURPHY, J. F.: “Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, Primavera de 1999.

-MURPHY, S. D.: “Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999.

-NAQVI, Y.: “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, en *RICR*, N.º. 851, 2003.

-NEWMAN G., D.: “The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and A Distributive Problem”, en *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2005.

-NÍ AOLÁIN, F. y CAMPBELL, C.: “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, en *HRQ*, vol. 27, núm. 1, 2005.

-NIKKEN, P.: “Los derechos humanos en la guerra y la paz de Centroamérica”, en *Revista IIDH*, núm. 25, 1997.

-NOLLKAEMPER, A.: “Concurrence between individual responsibility and State responsibility in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, núm. 3, 2003.

-NORRIS, R. E.: “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: Una respuesta legal”, en *Revista IIDH*, núm. 15, 1992.

-NSANZUWERA, F-X.: “The ICTR Contribution to National Reconciliation”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

-NTANDA NSEREKO, D. D.: “Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 1, 2005.

-O'BRIEN, J. C.: “The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”, en *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993.

-O'DONNELL, G.: “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 1, 1994.

“Ilusiones sobre la consolidación”, en *Nueva Sociedad*, núm. 144, 1996.

-ODURO, F.: “Reconciling a Divided Nation through a Non-Retributive Justice Approach: Ghana's National Reconciliation Initiative”, en *IJHR*, vol. 9, núm. 3, 2005.

-OLLÉ SESÉ, M.: “Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal”, en *Revista La Ley Penal*, n.º. 25, año III, 2006.

-ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

-PASQUALUCCI, J.: “The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System”, en *Boston University International Law Journal*, n.º. 12, octubre de 1994.

-PELLET, A.: “Can a State commit a crime? Definitely, yes!”, en *EJIL*, vol. 10, n.º. 2, 1999.

“Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *RGDIP*, vol. 98, n.º. 1, 1994.

-PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998.

-PIGNATELLI Y MECA, F.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995.

-PIGRAU SOLÉ, A.: “Elementos de derecho penal internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Tecnos, Madrid, 1997.

“Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, en *AHLADI*, vol. 11, 1994.

-POCAR, F.: “The Proliferation of International Criminals Courts and Tribunals. A Necessity in the Current International Community”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 1, 2004.

-POPKIN, M.: “Guatemala’s national reconciliation law: Combatting impunity or continuing it?”, en *Revista IIDH*, núm. 24, 1996.

“The Salvadoran Truth Commission and the search for justice”, en *CLF*, vol. 15, núms. 1-2, 2004.

-POPKIN, M. y ROHT-ARRIAZA, N.: “Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America”, en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, núm. 1, 1995.

-QUÉGUINER, J.-F.: “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, en *RICR*, N.º. 850, 2003.

-REYDAMS, L.: “Niyonteze v. Public Prosecutor: Tribunal militaire de cassation (Switzerland), April 27, 2001”, en *AJIL*, vol. 96, núm. 1, 2002.

“The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

“Universal Criminal Jurisdiction: The Belgians State of Affairs”, en *CLF*, vol. 11, núm. 2, 2000.

-ROBERGE, M.-C.: “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, en *RICR*, N°. 144, 1997.

-ROBINSON, D.: “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *EJIL*, vol. 14, n°. 2, 2003.

-ROHT-ARRIAZA, N.: “Combating Impunity: Some Thoughts on The Way Forward”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.

-ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L.: “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, en *HRQ*, vol. 20, núm. 4, 1998.

-RÖLING, B. V. A.: “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, en *R. des C.*, núm. 100, 1960-II.

-RONIGER, L. y SZNAJDER, M.: “The legacy of Human Rights Violations and the Collective Identity of Redemocratized Uruguay” en *HRQ*, vol. 19, núm. 1, 1997.

-ROUCOUNAS, J.: “Les infractions graves au Droit Humanitaire”, en *Revue Hellénique de Droit International*, 1978.

-SALOMÓN, L.: “Fuerzas armadas y democracia, los retos del futuro”, en *Revista Diálogo Centroamericano*, N°. 32, 1998.

-SALOMÓN, M.: “La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones”, en *Revista CIDOB d 'Afers Internacionals* N°. 56, 2001-2002.

-SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, en *REEI*, N°. 11, 2006.

-SASSÒLI, M.: “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, en *RICR*, N°. 846, 2002.

-SCHABAS, W. A.: “Genocide Trials and *Gacaca* Courts”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

“Justice, democracy, and impunity in post-genocide Rwanda: searching for solutions to impossible problems”, en *CLF*, vol. 7, núm. 3, 1996.

“National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the “Crime of Crimes””, en *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003.

-SCHAMIS, H.: “Reconceptualizing Latin American Authoritarianism in the 1970's: from bureaucratic authoritarianism to Neo-conservatism”, en *Comparative Politics*, vol. 23, 1991.

-SCHARF, M. P.: “It is International Enough? A Critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004.

-SCHWARTZ W., D.: "Rectifying Twenty-five Years of Material Breach: Argentina and the Legacy of the 'Dirty War' in International Law" en *Emory International Law Review*, vol. 18, núm 1, 2004.

-SELLARÉS SERRA, J.: "El procesamiento por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática según el Acuerdo de marzo del 2003 entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya (un remake teatral)", en *REDI*, vol. LV, núm. 2, 2003.

-SHANI, Y.: "Does One Size Fit All? Reading the Jurisdictional Provisions of the New Iraqi Special Tribunal Statute in the Light of the Statutes of International Criminal Tribunals", en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004.

-SHARGA y ZACKLIN: "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *EJIL*, vol. 5, n.º. 3, 1994.

"The International Criminal Tribunal For Rwanda", en *EJIL*, vol. 7, n.º. 4, 1996.

-SIMMA, B. y PAULUS, A. L.: "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", en *AJIL*, vol. 93, núm. 2, 1999.

-SKOGLY I., S.: "Crimes Against Humanity – Revisited: Is There a Role for Economic and Social Rights?", en *IJHR*, vol. 5, núm 1, 2001.

-SLYE, R. C.: "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, núm. 1, 2002.

-SOLERA, O.: "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", en *RICR*, N.º. 845, 2002.

-SPERDUTI, G.: "L'individu et le droit international", en *R. des C.*, núm. 90, 1956-II.

-SPINEDI, M.: "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium Non Datur*?", en *EJIL*, vol. 13, n.º. 4, 2002.

-STAHN, C.: "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", en *JICJ*, vol. 3, núm. 3, 2005.

"Las actividades de consolidación de la paz de las Naciones Unidas, amnistías y formas alternativas de justicia: ¿un cambio de práctica?", en *RICR*, N.º. 845, 2002.

-STEINER J., H.: "Three Cheers for Universal Jurisdiction – Or Is It Only Two?", en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, núm. 1, 2004.

-STROHMEYER, H.: "Building a New Judiciary for East Timor: Challenges of a Fledgling Nation", en *CLF*, vol. 11, núm. 3, 2000.

- TALLGREN, I.: "The Sensibility and Sense of International Criminal Law", en *EJIL*, vol. 13, n.º. 3, 2002.
- TAVERNIER, P.: "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", en *RICR*, N.º. 144, 1997.
- TEITEL, R. G.: "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003.
- TICEHURST, R.: "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", en *RICR*, N.º. 140, 1997.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: "Competencia judicial penal de los tribunales españoles para conocer delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica", en *AHLADI*, vol. 13, 1997.
- TRIFFTERER, O.: "Commentaire de la Question IV. Les Crimes Internationaux et le Droit Pénal Interne", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, 1989.
- TURNS, D.: "'Internationalised' of Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia", en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002.
- VAN DER MEI, A. P.: "The New African Court on Human and Peoples' Rights: Towards an Effective Human Rights Protection Mechanism for Africa?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2005.
- VILLALPANDO, S.: "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Loes du 24 mars 1999", en *RGDIP*, vol. 104, n.º. 2, 2000.
- VILLA-VICENCIO, C.: "Why Perpetrators Should not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet", en *Emory Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2000.
- WAGNER, N. : "The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", en *RICR*, N.º. 850, 2003.
- WALKATE, J. A.: "The Human Rights Committee and Public Emergencies", en *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, núm. 1, 1982.
- WERLE, G. y JESSBERGER, F.: "'Unless Otherwise Provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law", en *JICJ*, vol. 3, num. 1, 2005.
- WILLIAMSON, J. A.: "Command responsibility in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda", en *CLF*, vol. 13, núm. 3, 2002.
- YOUNG A., E.: "Sorting Out the Debate Over Customary International Law", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 2002.

- ZALAQUETT, J.: “Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur”, en *Revista IIDH*, núm. 14, 1991.
- ZIELINSKI, J.: “The Polish Transition to Democracy: A Game-Theoretic Approach”, en *Archives Européennes de Sociologie*, N°. 36, 1995.
- ZOLO, D.: “The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 2, núm. 2, 2004.
- ZUPPI, L. A.: “En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad”, en *Revista Nueva doctrina penal*, 2000/B, 2001.

ANEXO II: JURISPRUDENCIA

1) Corte Permanente de Justicia Internacional:

- Competencia de los Tribunales de Dantzig*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N° 15.
- Comunidades greco-búlgaras*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N° 17.
- Consistencia de ciertos decretos legislativos de Danziga con la Constitución de la Ciudad Libre*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series A/B, N° 65.
- Fábrica de Chorzów, competencia*, P.C.I.J., Series A, N° 9.
- Fábrica de Chorzów, fondo*, P.C.I.J., Series A, N° 17.
- Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N° 10.
- Lotus*, P.C.I.J. Series A, N° 10.
- Tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polaca en el territorio de Danziga*, opinión consultiva, P.C.I.J. Series A/B, N° 44.
- Vapor Wimbledon*, P.C.I.J. Series A, N° 1.
- Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Order, P.C.I.J. Series A, N° 22.
- Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Order, P.C.I.J. Series A, N° 24.
- Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Judgment, P.C.I.J. Series A/B, N° 46.

2) Corte Internacional de Justicia:

- Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986.
- Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, medidas provisionales (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports 1993.
- Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, excepciones preliminares (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports 1996.
- Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, I.C.J. Reports 1994.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica v. España)*, segunda fase, I.C.J. Reports 1970.

- Case concerning border and transborder armed actions (Nicaragua v. Honduras)*, I.C.J. Pleadings 1988, vol. I.
- Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 4 de julio de 2004, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>.
- Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano)*, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971.
- Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador v. Honduras: Nicaragua interviniente) (El Salvador v. Honduras)*, I.C.J. Reports 1992.
- Cuestiones de interpretación y de aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido)*, providencia sobre medidas provisionales, I.C.J. Reports 1992.
- Demanda de revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador v. Honduras: Nicaragua interviniente) (El Salvador v. Honduras)*, I.C.J. Reports 2002.
- Elektronika Sical S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de Norte América v. Italia)*, I.C.J. Reports 1989.
- Estrecho de Corfú (Reino Unido v. Albania)*, fondo, I.C.J. Reports 1949.
- Interhandel (Suiza v. Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports, 1959.
- Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1950.
- LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*, fondo, I.C.J. Reports 1999.
- Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1996.
- Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J. Reports 2002.
- Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América v. Irán)*, I.C.J. Reports 1980.
- Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, I.C.J. Reports 1997.
- Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1949.
- Reservas al Convenio para la prevención y la prevención y la sanción del delito de genocidio*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1951.
- Timor oriental (Portugal c. Australia)*, I.C.J. Reports 1995.

3) Corte Interamericana de Derechos Humanos:

-Caso *Aloeboetoe y otros v. República del Surinam*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de septiembre de 1993, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 15.

-Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 70.

-Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 91.

-Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75.

-Caso *Barrios Altos v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 30 de noviembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 87.

-Caso *Blake v. Guatemala*, Excepciones Preliminares, sentencia de 2 de julio de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 27.

-Caso *Blake v. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 36.

-Caso *Blake v. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 22 de enero de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 36.

-Caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 22.

-Caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de enero de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 31.

-Caso *Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N.º 69.

-Caso *Cantoral Benavides v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de diciembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 88.

-Caso *Caracazo v. Venezuela*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de agosto de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 95.

-Caso *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, sentencia de 22 de Noviembre de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 117.

-Caso *Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 34.

-Caso *Castillo Páez v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 43.

-Caso *Castillo Petruzzzi y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 52.

-Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 79.

-Caso de la "Panel Blanca" (*Paniagua Morales y otros v. Guatemala*), sentencia del 8 de marzo de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 37.

-Caso de la "Panel Blanca" (*Paniagua Morales y otros v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 25 de mayo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 76.

-Caso de las Hermanas *Serrano Cruz v. El Salvador*, Excepciones Preliminares, sentencia de 23 de noviembre de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 118.

-Caso de las Hermanas *Serrano Cruz v. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 120.

-Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros v. Guatemala*), sentencia de 19 de noviembre de 1999, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N°. 63.

-Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 77.

-Caso del Tribunal Constitucional *v. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N°. 71.

-Caso *Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 68.

-Caso *Durand Ugarte v. Perú*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de diciembre de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 89.

-Caso *El Amparo v. Venezuela*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 14 de septiembre de 1996, en *Serie C Resoluciones y Sentencias*, No. 28.

-Caso *Garrido y Baigorria v. Argentina*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 39.

-Caso *Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 5.

- Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 94.
- Caso *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 99.
- Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) v. *Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* N° 73.
- Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 33.
- Caso *Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 42.
- Caso *de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 134.
- Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 105.
- Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 101.
- Caso *Raxcacó Reyes v. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias* No. 133.
- Caso *Snárez Rosero v. Perú*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 35.
- Caso *Trujillo Oroza v. Bolivia, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 27 de febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 92.
- Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 4.
- Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras, Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 21 de julio de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 7.
- Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993 sobre *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 13.
- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 18.
- Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 2.

-Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987 sobre *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 8.

-Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 9.

-Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre “*Otros Tratados*” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 1.

-Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 sobre la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 4.

-Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 14.

4) Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

-Caso *Airey v. Ireland*, *Merits*, sentencia de 9 de octubre de 1979, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Aksoy v. Turkey*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Assenov and others*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 28 de octubre de 1998, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Ireland v. The United Kingdom*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de enero de 1978, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Kaya v. Turkey*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 19 de febrero de 1998, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Kudla v. Poland*, *Merits and just satisfaction*, sentencia de 26 de octubre de 2000, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Kurt v. Turkey*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Loizidou v. Turkey*, *Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *McCann and others v. The United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, sentencia de 27 de septiembre de 1998, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Merits, sentencia de 22 de marzo de 2001, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Caso *Yasa v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, sentencia de 2 de septiembre de 1998, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

-Decisión sobre la admisibilidad del asunto *Vlastimir and Borka BANKOVIĆ, Živana STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, 12 de diciembre de 2001, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

4) Tribunal Penal Internacional de Nuremberg:

-*Goering and others*, International Military Tribunal, Nuremberg, en *AJIL*, vol. 47, núm. 1, 1947.

5) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

-Caso *Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 25 de junio de 1999, n.º. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/trialc/judgement/index.htm>.

-Opinión disidente del Juez Rodríguez en el caso *Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 25 de junio de 1999, n.º. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/trialc/judgement/ale-tdojrod990625e.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, n.º. IT-95-14/1, en <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Blaskić*, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, n.º. IT-95-14, 29 de octubre 1997, en <http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/decision-e/71029JT3.html>.

-Caso *Prosecutor v. Blaskić*, sentencia de 3 de marzo de 2000, n.º. IT-95-14, en <http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, sentencia de 16 de noviembre de febrero de 1998, n.º. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, sentencia de 20 de febrero de 2001, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, n°. IT-96-22-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Furundžija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Jelisić*, sentencia de 14 de diciembre de 1999, n°. IT-95-10-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Karadžić/Mladić, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, n°. IT-95-5/18, 11 de julio de 1996, en <http://www.un.org/icty/karadzic&mladic/trialc/rev-ii960716-e.pdf>.

-Caso *Prosecutor v. Kordić and Cerkez, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3*, n°. IT-95-14/2-PT, 2 de marzo de 1999, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, sentencia de 14 de enero de 2000, n°. IT-95-16, en <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Mile Mršić, Miroslav Radic, and Veselin Šljivancanin, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, n°. IT-95-13-R61, 3 de abril de 1996, en <http://www.un.org/icty/transe13/960403it.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Milosevic*, sentencia de 16 de junio de 2004, n°. IT-02-54, en <http://www.un.org/icty/milosevic/trialc/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Tadić, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Tribunal in the Matter of Dusko Tadić*, n°. IT-94-1-D, 8 de noviembre de 1994, en <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 15 de julio de 1999, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Vasiljević*, sentencia de 29 de noviembre de 2002, n°. IT-98-32-T, en <http://www.un.org/icty/vasiljevic/trialc/judgement/index.htm>.

6) Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

-Caso *Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998 , n°. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictr.org/default.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Jean Kambanda*, sentencia de 4 de septiembre de 1996, n°. ICTR-97-23-S, en <http://www.ictr.org/default.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Kanyabashi*, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, n°. ICTR-96-15-1, en <http://www.ictr.org/default.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, sentencia de 21 de mayo de 1999 , n°. ICTR-95-1-T, en <http://www.ictr.org/default.htm>.

-Caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, sentencia de 1 de junio de 2001 , n°. ICTR-95-1-A, en <http://www.ictr.org/default.htm>.

7) Tribunal Especial para Sierra Leona:

-Caso *Prosecutor v. Allieu Kondewa*, *Decision on lack of jurisdiction / abuse of process: amnesty provided by the Lomé Accord*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 25 de mayo de 2004 (disponible en <http://www.sc-sl.org/Documents/SCSL-04-14-T-128-7363.pdf>).

8) Tribunales nacionales:

-Auto de prisión incondicional por los delitos de asesinato, desaparición forzosa y genocidio de Leopoldo Fortunato Galtieri, Juzgado Número cinco de la Audiencia Nacional de España, 25 de marzo de 1997.

-Auto del juez federal G. Cavallo en la causa *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años*, N°. 8686/2000, de 6 de marzo de 2001.

-Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España de 11 de mayo de 1998.

-Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España de 25 de mayo de 1998.

-Auto del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España ordenando la remisión al juez argentino de la decisión del Consejo de Ministros de no tramitar las extradiciones y solicitando comunique si enjuiciará los hechos, Procedimiento: Sumario 19/97-L, 30 de agosto de 2003.

- Auto del Pleno de la Sala de Penal de la Audiencia Nacional de España de 4 de noviembre de 1998.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 13 de diciembre de 2002.
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española de 16 de enero de 2006.
- Auto del *Tribunal de première instance* de Bruselas de 6 de noviembre de 1998 en la causa contra Augusto Pinochet.
- Auto del Tribunal Supremo de España de 10 de enero de 2006, en la causa del genocidio tibetano.
- Cámara Federal de San Martín, sentencia de 22 de noviembre de 2004.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, Sentencia de 9 de diciembre de 1985.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de Argentina, Sentencia de 2 de diciembre de 1986.
- Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo de 1962.
- Caso Aussaresses*, Sentencia de la Sala Criminal del Tribunal de Casación de Francia, 17 de julio de 2003.
- Caso Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 79-6090, 30 de junio de 1980.
- Caso Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, United States District Court for the Eastern District of New York, No. 79-CV-917, 10 de enero de 1984.
- Caso Flick*, The United States Of America v. Friedrich Flick, Otto Steinbrinck, Odilo Burkart, Konrad Kaletsch, Bernhard Weiss, and Hermann Terberger, en *Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. VI.
- Caso High Command*, The United States Of America v. Von Leed, en *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Green Series)*, vol. XI.
- Caso Jose Francisco Sosa v. Humberto Álvarez Machain et. al.*, Supreme Court of the United States, No. 03-339 y *United States v. Humberto Álvarez Machain et. al.*, No. 03-485, 29 de junio de 2004.
- Caso Juan Romagoza Arce v. Jose Guillermo García and Carlos Eugenio Vides Casanova*, United States District Court Southern District of Florida, No. 99-8364 CIV-HURLEY, 23 de julio de 2002.

-Caso *Justice*, The United States Of America v. Josef Altstoetter, et al., en *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, (Green Series), Vol. III.

-Caso *Krupp*, The United States Of America v. Alfred Krupp et al., en *Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10* (Green Series), vol. IX.

-Caso *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and another*, High Court of Australia, 14 de agosto de 1991.

-Caso *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, Supreme Court of the United States, No. 03-334, 28 de junio de 2004.

-Caso *V. Javor et autres c. X.*, *Cour d'Appel, Chambre d'Accusation*, 24 de noviembre de 1994.

-Caso *V. Javor et autres c. X.*, *Cour de Cassation criminelle*, arrêt, 26 de marzo de 1996.

-Corte Suprema de Chile, *caso Contreras Malije*, 26 de octubre de 1996.

-Corte Suprema de Chile, *caso Insunza Bascuña, Iván Sergio (recurso de inaplicabilidad)*, 24 de agosto de 1990.

-Corte Suprema de Chile, *caso Juan Chenquepán y José Llaulen*, 5 de diciembre de 1995.

-Corte Suprema de Honduras, Amparo en Revisión, Caso 58-96, 18 de enero de 1996.

-Corte Suprema de Honduras, Petición para la declaración de anticonstitucionalidad N°. 20-99, 27 de junio de 2000.

-Juzgado Federal de la Ciudad de Resistencia, *caso Verbitsky, Horacio- C.E.L.S. S/ Inconstitucionalidad de las leyes N 23521 y 23492, en relación: Desaparición forzada de personas- torturas y homicidios agravados en hechos ocurridos en la localidad de Margarita Belen*, sentencia de 6 de marzo de 2003.

-Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina No. 4, Causa No. 8686/2000, sentencia de 6 de marzo de 2001.

-Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina No. 11, Causa No. 7694/99, sentencia de 1 de octubre de 2001.

-Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina No. 11, Causa No. 6.859/98, sentencia de 12 de septiembre de 2002.

-Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina No. 6, Causa N°. 14.216/2003, sentencia de 19 de marzo de 2004.

-*Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) EX Parte Pinochet (respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, de 25 de noviembre de 1998, en <http://>

www.parliamentthe-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino03.htm.

-Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) ex parte Pinochet (respondent); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (appellants) ex parte Pinochet (respondent), (on appeal from a divisional court of the queen's bench division), de 24 de marzo de 1999, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudgmt.htm>.

-Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia No. 24-97/21-98, de 26 de septiembre de 2000.

-Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa No. 17.844, fallo de 9 de noviembre de 2001.

-Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa No. 17.889, fallo de 9 de noviembre de 2001.

-Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa 8686/00, sentencia de 16 de diciembre de 2004.

-Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 1089-2003, 14 de julio de 2003.

-Sentencia de la Corte Suprema de Uruguay N°. 148 , 12 de mayo de 1988.

-Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, caso Romo Mena , 26 de octubre de 1995.

-Sentencia de la *Court D'Assises de París - 2eme Section*, causa 1893/89, de 16 de marzo de 1990.

-Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, Rol 11.821-2003, 5 de enero de 2004.

-Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de El Salvador, caso Guevara Portillo, 16 de agosto de 1995.

-Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N°.16/2005.

-Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 25 de febrero de 2003, Sentencia N°. 327/2003.

-Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España de 15 de noviembre de 2004, Sentencia N°. 1362/2004.

-Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España de 27 de marzo de 2000, Sentencia N°. 87/2000.

-Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 10 de febrero de 1997, Sentencia N°. 21/1997.

- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N°. 237/2005.
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Canadá en la *causa R. v. Finta*, File N°.23023, 23097, 2, 3 de junio 1993, 24 de marzo 1994.
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina de 30 de diciembre de 1986.
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina de 22 de junio de 1987.
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Argentina, S. 1767. XXXVIII, Causa N°. 17.768, 14 de junio de 2005.
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República de Guatemala en el Recurso de Casación conexados 109-2003 y 110-2003, 14 de enero de 2004.
- Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam en la causa contra Bouterse, 20 de noviembre de 2000.
- The Hostage Trial*, International Tribunal in Nuremberg, en *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, Volumen VIII, 1949 (version electrónica en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List1.htm>).
- Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila, (8th october-7th december, 1945), and the Supreme Court of the United States (judgments delivered on 4th february, 1946)*, en *Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Volumen IV, Londres,1948, (versión electrónica en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/yamashita4.htm>).
- United States District Court, N.D. California, Alfredo FORTI and Debora Benchoam, Plaintiffs, v. Carlos Guillermo SUAREZ-MASON, Defendant*, No. C-87-2058 DLJ, 6 de octubre de 1987.
- United States District Court, Southern District of Florida, Juan Romagoza Arca v. José Guillermo García and Carlos Eugenio Vides Casanova, case No. 99-8364 CIV-HURLEY*, 23 de julio de 2002.
- United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division, Case N°. 99-OS28-CIV-LENARD, Estate of Winston Cabello et al. (Plaintiffs), Armando Fernández Larios (Defendant)*, 31 de octubre de 2003.

9) Decisiones arbitrales:

- Asunto del Rainbow Warrio, RSA*, vol. XX.

ANEXO III: DOCUMENTOS

1) Sistema de las Naciones Unidas.

1.1) Asamblea General de las Naciones Unidas:

- “Alternative approaches and ways and means within the United Nations System for improving the effective enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/30/130, 16 de diciembre de 1977.
- “Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/125, 8 de diciembre de 1988.
- “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”, Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.
- “Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa”, Resolución 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966.
- “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999.
- “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, Resolución 2625 (XXV), Documento de las Naciones Unidas: A/8082, 24 de octubre de 1970.
- “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992.
- “Draft International Covenant on Humans Rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/421 (V), 4 de diciembre de 1950.
- “Extradición y Castigo de los Criminales de Guerra”, Resoluciones 3 (1) de 13 de febrero de 1946 y 170 (11) de 31 de octubre de 1947.
- “Indivisibility and interdependence of economic, social, cultural, civil and political rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/113, 8 de diciembre de 1988.

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz

- “International Covenants on Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/43/114, 8 de diciembre de 1988.
- “Los derechos humanos en la administración de justicia”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989.
- “Mission for the Verification of Human Rights and of Compliance with the Commitments of the Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/48/267, 19 de septiembre de 1994.
- “Pattern of conferences. A Report of the Committee on Conferences”, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/41/177, 5 de diciembre de 1986.
- “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.
- “Proyecto de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática”, Documento de las Naciones Unidas A/57/806, 6 de mayo de 2003.
- “Question of territories under Portuguese administration”, Resolución 2184 (XXI), 12 de diciembre de 1996.
- “The policies of apartheid of the government of the Republic of South Africa”, Resolución 2202 (XXI), 16 de diciembre de 1996.

1.2) Comisión de Derechos Humanos:

- “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.
- “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005.
- “Impunity”, Resolución 2002/79, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2002/200, 25 de abril de 2002.
- “Informe definitivo de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, preparado por el Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Profesor José Antonio Pastor Ridruejo, en cumplimiento del mandato conferido por la resolución 1991/75 de la referida

Comisión”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1992/32, 16 de enero de 1992

-“Informe del Experto independiente de las Naciones Unidas, Sr. Christian Tomuschat, sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1992/5, 21 de enero de 1992.

-“Informe del Experto independiente sobre El Salvador, Sr. Pedro Nikken, designado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1992/62, de 3 de marzo de 1992, de la Comisión de Derechos Humanos”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1993/11, 15 de febrero de 1993.

-“Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, preparado por el Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 14 de la resolución 1987/51 de la Comisión”, Documento de las Naciones Unidas: A/42/641, 12 de octubre de 1987.

-“Graves y masivas violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por Israel”, Resolución S-5/1 de la quinta sesión extraordinaria de la Comisión de Derechos Humanos, 19 de octubre de 2000.

-“Question of the violation of human rights and fundamental freedoms in any part of the world, with particular reference to colonial and other dependent countries and territories, extrajudicial, summary or arbitrary executions, report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1992/72”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1993/46, 23 de diciembre de 1992.

-“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

-“PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Study on the right to the truth. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006.

-“Special report on Extrajudicial, summary or arbitrary executions”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1994/7, Add2, 15 de noviembre de 1993.

-“Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, Documento de las Naciones Unidas: CN.4/1995/61, 14 diciembre de 1994.

1.3) Comisión de Derecho Internacional:

-“Acta resumida provisional de la 2662ª sesión”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/SR.2662, 21 de septiembre de 2000.

-“Decimotercer informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/466, 24 de marzo de 1995.

-“Duodécimo Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/460, 15 de abril de 1994, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, primera parte.

-“Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/398, 11 de marzo de 1986, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 1986.

-“Cuarto Informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados”, del Relator Riphangen, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/366 y ADD. 1, 14 y 15 de abril de 1983, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1983, vol. II, primera parte.

-“Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind”, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1954.

-“Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, aprobado en segunda lectura, en su 48º período de sesiones, por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.532, 8 de julio de 1996, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, segunda parte.

-“Octavo Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/430 y Add. 1, 8 de marzo y 6 de abril de 1990.

-“Noveno Informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” del sr. Doudou Thiam, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/435 y Add. 1, 8 de febrero y 15 de marzo de 1991.

-“Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950.

-“Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”, aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.528/Add. 2, 16 de julio de 1996.

-“Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

- “Quinto Informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/453/Add.3, 24 de junio de 1993.
- “Tercer informe sobre responsabilidad de los Estados”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, vol II, primera parte.
- “Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados”, Documentos de las Naciones Unidas: A/CN.4/469, 4 de marzo y 23 de abril de 1986.

1.4) Comité contra la Tortura:

- “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)”, 23 de noviembre de 1989, Suplemento NE 44 (A/45/44), 1990.

1.5) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

- “Observación General N°. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.
- “Informe del Comité de Derechos Económicos y Culturales a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena”, en su informe sobre el séptimo período de sesiones (23 de noviembre-11 de diciembre), Documento de las Naciones Unidas: E/1993/22.

1.6) Comité de Derechos Humanos:

- “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.
- “Caso Nydia Erika Bautista, (Colombia)”, Comunicación N° 563/1993, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/55/D/563/1993, 13 noviembre de 1995.
- “General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 de noviembre de 1994.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas: Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto: Colombia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.76, 1 de abril de 1997.

- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Brasil”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.66, 24 de julio de 1996.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999.
- “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo: Congo”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.63, 3 de abril de 1996.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.106, 8 de abril de 1999.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/71/HRV, 4 de abril de 2001.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998.
- “Observación general No. 6: Artículo 6 - Derecho a la vida”, en “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004.
- “Observación general No. 7 sobre el artículo 7”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev. 1, 19 de mayo de 1989.

-“Observación general No. 20 sobre el artículo 7 – Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7 at 173, 10 de marzo de 1992.

-“Observación general No. 27 sobre el artículo 12”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999,

-“Observación general No. 29 sobre el artículo 4”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.

1.7) Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional:

-“Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

1.8) Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos:

-“Proclamación de Teherán”, 13 de mayo de 1968, en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm.

1.9) Conferencia Mundial de Derechos Humanos:

-“Declaración y Programa de Acción de Viena”, 14 a 25 de junio de 1993, Documento de las Naciones Unidas: A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

1.10) Consejo de Seguridad:

-“Resolución 637 (1989)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/637 (1989), 27 de julio de 1989.

-“Resolución 670 (1990)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/670 (1990), 25 de septiembre de 1990.

-“Resolución 693 (1991)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/693 (1991), 20 de mayo de 1991.

- “Resolución 734 (1992)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/764 (1992), 13 de julio de 1992.
- “Resolución 794 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/794 (1993), 3 de diciembre de 1993.
- “Resolución 808 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993.
- “Resolución 819 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/819 (1993), 16 de abril de 1993.
- “Resolución 827 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993.
- “Resolución 859 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/859 (1993), 24 de abril de 1993.
- “Resolución 918 (1994)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/918 (1994), 17 de mayo de 1994.
- “Resolución 925 (1994)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/925 (1994), 8 de junio de 1994.
- “Resolución 995 (1994)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994.
- “Resolución 1074 (1996)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1074 (1996), 1 de octubre de 1996.
- “Resolución 1166 (1998)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1116 (1998), 13 de mayo de 1998.
- “Resolución 1272 (1999)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1272 (1999), 25 de octubre de 1999.
- “Resolución 1329 (2000)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1329 (2000), 30 de noviembre de 2000.
- “Resolución 1411 (2002)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1411 (2002), 17 de mayo de 2002.
- “Resolución 1431 (2002)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1431 (2002), 14 de agosto de 2002.
- “Resolución 1481 (2003)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1481 (2003), 19 de mayo de 2003.
- “Resolución 1534 (2004)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1534 (2004), 26 de marzo de 2004.
- “Resolución 1593 (2005)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

1.11) Consejo Económico y Social:

- “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, en http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/54_sp.htm.
- “Resolución 1074 D (XXXIX)”, de 28 de julio de 1965.
- “Resolución 1158 (XLI)”, de 5 de agosto de 1966.

1.12) Corte Penal Internacional:

- “Update on Communications Received by the Prosecutor”, en http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_com.html.

1.13) Misión de las Naciones Unidas de Verificación de Derechos Humanos en Guatemala:

- “Decimocuarto informe sobre derechos humanos de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala. (julio de 2002 - junio de 2003)”, noviembre de 2003.
- La justicia en Guatemala*, Oficina de Información y Capacitación de MINIGUA, Guatemala, 2000.

1.14) Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador:

- “Informe de 19 de febrero de 1992”, Documento de las Naciones Unidas: A/46/876 S/23580.

1.15) Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias:

- “Informe del Relator Especial Sr. S. Amos Wako, de conformidad con la Resolución 1988/38 del Consejo Económico y Social, sobre la visita a Colombia realizada por el

Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias (11 a 20 de octubre de 1989)", Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1990/22/Add.1, 24 de enero de 1990.

1.16) Secretaría General de las Naciones Unidas:

-“El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

-“Informe del Secretario General sobre el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993)", Documento de las Naciones Unidas: S/25704 de 3 de mayo de 1993.

-“Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI", en <http://www.un.org/spanish/milenio/sg/report/full.htm>.

-“Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone", Documento de las Naciones Unidas: S/2000/915, 4 de octubre de 2000.

-“Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)", Documento de las Naciones Unidas: S/1995/134, 13 de febrero de 1995.

-“Resumen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preparado por el Secretario General", Documento de las Naciones Unidas A/2929, 1955.

-“Seventh Report of the Secretary-General on the United Nations Observer Mission in Sierra Leone", Documento de las Naciones Unidas: S/1999/836, 30 de julio de 1999.

1.17) Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías/ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos:

-“Administración de Justicia", Exposición presentada por escrito por la Asociación Americana de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial ante la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/2002/NGO/16, 19 de julio de 2002.

-“Anteproyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1998/WG.1/CRP.2/Rev.2, 17 de agosto de 1998.

-“Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales”, Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/10/Corr.1, 11 de agosto de 1993.

-“Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.1, 4 de agosto de 2003.

-“Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 de julio de 1982.

-“Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.

-“Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Segundo informe presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1992/8, 29 de julio de 1992.

-“Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos”, preparado por Guissé y Joinet en cumplimiento de la Resolución 1992/23 de la Subcomisión, Documento de las Naciones Unidas, Documento de Naciones Unidas: CN.4/Sub.2/1993/6, de 19 de julio 1993.

-“La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 octubre de 1997.

-“La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996.

-“La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 de octubre de 1997.

-“La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Cuestiones de los derechos humanos y los estados de excepción”, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/20, 26 de junio de 1995.

-“Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances”, Ginebra 17-19 de mayo de 1995; documento anexo a “THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Eighth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37”, Documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1995/20, 26 de junio de 1995.

-“Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms”, Documento de Naciones Unidas: CN.4./Sub.2/1992/8, 29 de julio 1992.

-“Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights. Preliminary Report by Mr. Louis Joinet”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 de junio de 1985.

-“The administration of justice and the human rights of detainees. Question of human rights of persons subjected to any form of detention and imprisonment”, Documento de Naciones Unidas: CN.4/Sub.2/1993/6, de 19 de julio 1993.

-“THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS OF DETAINEES: QUESTION OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY. Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997.

-“Report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985.

1.18) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

-“First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991”, A/49/342 - S/1994/1007, 29 de agosto de 1994.

2) Organización de los Estados Americanos:

2.1) Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- “Informe Anual, 1977”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 21 corr. 1, 20 de abril de 1978.
- “Informe Anual, 1978”, OEA/Ser.L/V/II.47, doc. 13 rev.1, 29 de junio de 1979.
- “Informe Anual, 1981-1982”, OEA/Ser.L/V/II.57, doc. 6 rev.1, 20 de septiembre de 1982.
- “Informe Anual, 1984-1985”, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1, 1 de octubre de 1985.
- “Informe Anual, 1985-1986”, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986.
- “Informe Anual, 1987-1988”, OEA/Ser.L/V/II.74, doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988.
- “Informe Anual, 1988-1989”, OEA/Ser.L/V/II.76, doc.10, 18 de septiembre de 1989.
- “Informe Anual, 1992-1993”, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, 12 de marzo de 1993.
- “Informe N°. 26/92, El Salvador, caso 10.287”, 24 de septiembre de 1992.
- “Informe N°. 28/92, Argentina, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311”, 2 de octubre de 1992.
- “Informe N°. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375”, 2 de octubre de 1992.
- “Informe N°. 1/96, Chumbivilcas, Perú, caso 10.559”, 1 de marzo de 1996.
- “Informe N°. 36/96, Chile, caso 10.843”, 15 de octubre de 1996.
- “Informe N°. 34/96, Chile, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282”, 15 de octubre de 1996.
- “Informe N°. 38/97, Hugo Bustos Saavedra, Perú, caso 10.548”, 16 de octubre de 1997.
- “Informe N°. 55/97, Juan Carlos Abella, Argentina, caso 11.137”, 18 de noviembre de 1997.
- “Informe N°. 42/97, Ángel Escobar Jurador, Perú, caso 10.521”, 19 de febrero de 1998.
- “Informe N°. 43/97, Héctor Pérez Salazar, Perú, caso 10.562”, 19 de febrero de 1998.

- “Informe N°. 39/97, Martín Javier Roca Casas, Perú, caso 11.233”, 19 de febrero de 1998.
- “Informe N°. 41/97, Estiles Ruiz Dávila, Perú, caso 10.491”, 19 de febrero de 1998.
- “Informe N°. 25/98, Chile, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705”, 7 de abril de 1998.
- “Informe N°. 1/99, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, y Carlos Antonio Martínez Romero, El Salvador, caso 10.480”, 24 de enero de 1999.
- “Informe N°. 136/99, Ignacio Ellacuría, S. J., Segundo Montes, S. J., Armando López, S. J., Ignacio Martín Baró, S. J., Joaquín López y López, S. J., Juan Ramón Moreno, S. J., Julia Elba Ramos, y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, caso 10.488”, 22 de diciembre de 1999.
- “Informe N°. 48/00, Walter Humberto Vásquez Vejarno, Perú, caso 11.166”, 13 de abril de 2000.
- “Informe N°. 37/00, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, caso 11.481”, de 13 de abril de 2000.
- “Informe N°. 101/01, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, Perú, caso 10.247 y otros”, 11 de octubre de 2001.
- Informe NE 34/96, 15 de octubre de 1996.
- Informe NE 36/96, 15 de octubre de 1996.
- Informe NE 25/98, 7 de abril de 1998.
- Informe NE 136/99, 22 de diciembre de 1999.
- Informe NE 28/92 Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10309 y 10.311, Argentina.
- Informe NE 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996.
- “Informe N°. 59/01, Remigio Domingo Morales y Rafael Sánchez; 10.627 Pedro Tau Cac, Guatemala, caso 10.626; José María Ixcaya Pixtay y otros, Guatemala, caso 11.198(a); Catalino Chochoy, José corino Thesen y Abelino Baycaj, Guatemala, caso 10.799; Juan Galicia Hernández, Andrés Abelino Galicia Gutiérrez y Orlando Adelso Galicia Gutiérrez, Guatemala, caso 10.751; Antulio Delgado, Guatemala, caso 10.901”, 7 de abril de 2001.
- “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.120, doc. 60, 13 diciembre 2004.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina”, OEA/Ser.L/V/II. 49, doc. 19, 11 de abril de 1980.

- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 de octubre de 1974.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 corr. 1, 28 de junio de 1976.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, 11 de febrero de 1977.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile”, OEA/Ser.L/V/II.77, rev.1, doc. 18, 8 de mayo de 1985.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú”, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio 2000.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.46, doc.23 rev. 1, 17 de noviembre de 1978.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 21 rev. 2, 13 octubre de 1981.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47, 3 de octubre de 1983.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 3 de octubre de 1985.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 16 rev., 1 de junio de 1993.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua”, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, 30 de junio de 1981.
- “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay”, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 corr. 1, 31 de enero de 1978.
- “La CIDH se pronuncia frente a la aprobación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia”, Comunicado de Prensa N°. 26/05, 15 de julio de 2005.
- “Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003.
- “Sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, Resolución N°. 1/03, 24 de octubre de 2003, en <http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm>.

3) Consejo de Europa:

3.1) Comisión Europea de Derechos Humanos:

-Case Lawless v. Ireland, Report of the Commission of 19 December 1959, Series B (1960-61).

-Greek case, Report of the Commission of 18 November 1969, Yearbook of the European Convention on Human Rights, vol. 12, 1969.

3.2) Committee of Experts for the Development of Human Rights (dh-dev):

-“Problems of implementation of article 15 of the European Convention on Human Rights from the perspective of the relevant echr case-law”, DH-DEV(2002)004, 29 de noviembre de 2002 (disponible en http://www.coe.int/T/E/Human_rights/cddh).

4) Órganos nacionales:

4.1) Defensoría del Pueblo del Perú:

-“Amnistía vs. Derechos Humanos. Buscando justicia”, Informe Defensorial N°. 57, mayo del 2001, en <http://www.ombudsman.gob.pe/informes/Informe%2057.pdf>.

-“A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, Informe Defensorial N°. 86, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004.

-Resolución Defensorial N°. 020-2004/DP, 10 de septiembre de 2004.

4.2) Comisión de la Verdad de El Salvador:

-De la Locura a la Esperanza: La Guerra de los Doce Años en El Salvador: Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, Editorial Universitaria, San Salvador, 1993.

4.3) *Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas desaparecidas y Hechos que la Motivaron Durante 1973 y 1982:*

-“Informe Final”, 1985.

4.4) *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación:*

-*Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Diario La Nación, Santiago de Chile, 1991.

4.5) *Comisión de la Verdad y Reconciliación:*

-*Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Lima, 2004.

4.6) *Comisionado Nacional Para la Protección de los Derechos Humanos:*

-*Informe Preliminar sobre los Desaparecidos en Honduras 1980 – 1993: Los Hechos Hablan Por Sí mismos*, Guaymuras, Tegucigalpa, 1994.

4.7) *Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas:*

-*Nunca más*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001.

4.8) *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura:*

-“Informe de 10 de noviembre de 2004”, en <http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php>.

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz

-“Informe Complementario de 1 de junio de 2005”, en <http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php>.

4.9) Comisión para el Esclarecimiento Histórico:

-*Guatemala, Memoria del Silencio*, 12 volúmenes, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999.

4.10) Comisión para la Paz:

-“Informe Final”, 10 de abril de 2003.

4.11) Consejo de Estado español:

-Dictamen del Consejo de Estado número 984/93, de 9 de septiembre de 1993, sobre incorporación en el derecho español de la Resolución 827 (1993) del CS.

4.12) Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación:

-*Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996.

4.13) Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas:

-“Buscando entre las cenizas”, en *Revista Estudios Centroamericanos*, noviembre-diciembre de 1997.

5) Organizaciones no Gubernamentales:

5.1) Amnistía Internacional:

- “Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura,” índice AI: ACT 40/024/2001, 19 de noviembre de 2001.
- “Americas. The continent in which we want to live. A message from Amnesty International to the People of the Americas”, noviembre de 1994 (disponible en <http://amnesty.org>).
- “Amnesty International & Judicial System: Monitoring Programme Indonesia & Timor-Leste Justice for Timor-Leste: The Way Forward”, índice AI: ASA 21/006/2004, 1 de abril de 2004.
- “ARGENTINA: “Memorial en derecho *amicus curiae* sobre la incompatibilidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida con el derecho internacional”, índice AI: AMR 13/012/2001/s, 31 de julio de 2001.
- “Bosnia y Herzegovina: No se puede alcanzar la justicia a bajo precio”, índice AI: EUR 63/021/2003/s, 12 de noviembre de 2003.
- “Cambodia: Amnesty International's preliminary views and concerns about the draft agreement for the establishment of a Khmer Rouge special tribunal”, índice AI: ASA 23/003/2003, de 21 de marzo de 2003.
- “Chile: la transición en la encrucijada. Las violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema esencial”, índice AI: AMR 22/01/96/s, 6 de marzo de 1996.
- “Croacia: Se debe poner fin a la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos”, índice AI: EUR 64/006/2004, 13 de diciembre de 2004.
- “La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista”, 18 de julio de 2005 (disponible en versión electrónica en http://www.es.amnesty.org/esp/docs_esp.shtm).
- “LATINOAMÉRICA. Crimen sin castigo: Impunidad en Latinoamérica”, índice AI: AMR 01/08/96/s, de 1 de noviembre de 1996.
- “Llamamiento a todos los gobiernos para que se ponga fin a la impunidad por los peores crímenes que padece la humanidad”, índice AI: IOR 70/003/2001/s, EDAI, 2001.
- “Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos – Ecuador”, 18 de diciembre de 1997, en <http://www.derechos.org/nizkor/ecuador/doc/aiamicus.html>.

- “Principios de derechos humanos para empresas”, índice AI: ACT 70/001/1998, 1 de enero de 1998.
- “REINO UNIDO: El caso Pinochet: La jurisdicción universal y la ausencia de inmunidad por crímenes de lesa humanidad”, índice AI. EUR 45/21/98/s, EDAI, 1999.
- “Serbia y Montenegro: Se dicta sentencia en Belgrado sobre los crímenes de guerra de Sjeverin. Amnistía Internacional pide que se ponga en manos de la justicia a los responsables de la política de secuestros y asesinatos”, índice AI: EUR 70/023/2003/s, 1 de octubre de 2003.
- “The International Criminal Court: Making the right choices - Part I: Defining the crimes and permissible defences and initiating a prosecution”, índice AI: IOR 40/001/1997, de 1 de enero de 1997.
- “Tribunal Especial para Irak – La imparcialidad de los juicios no está garantizada”, índice AI: MDE 14/007/2005, 13 de mayo de 2005.
- “Tribunal Penal Internacional para Ruanda: logros y deficiencias”, índice AI: IOR 40/13/98/s, 30 de abril de 1998.

5.2) Centro Internacional para la Justicia Transicional:

- “Informe Anual 2003/2004”.
- “Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH): Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparación en el Perú”, septiembre, 2002.
- “Intended to Fail: The Trials Before the Ad Hoc Human Rights Court in Jakarta”, agosto, 2003.
- “Iraqi Voices. Attitudes Toward Transitional Justice and Social Reconstruction”, mayo, 2004.
- “Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor”, junio, 2005.
- “Reparations Efforts in International perspectiva; What Compensation Contributes to the achievement of Imperfect Justice”, informe elaborado por Pablo de Greiff, *Director of Research of the International Center for Transitional Justice*.
- “The Sierra Leone Truth and Reconciliation Comisión: Reviewing the First Year”, enero, 2004
- “The Special Court for Sierra Leone: The Frist Eighteen Months”, marzo, 2004.

-“The Struggle for Truth and Justice. A Survey of Transitional Justice Initiatives Throughout Indonesia”, enero, 2004.

5.3) Centro por la Justicia y el Derecho Internacional:

-Memorial en derecho, en calidad de *amicus curiae*, Expediente No. D-6032, 2 de diciembre de 2005 (<http://www.cejil.org/documentos/AMICUS%20FINAL.doc>).

5.4) Centro Uruguay Independiente:

-“Referendum '89. Resultados, opiniones y análisis”, en *Serie Documentos C.U.I.*, mayo de 1989.

5.5) Comisión Chilena de Derechos Humanos:

-*Las deudas de la transición*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1994.

5.6) Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia:

-*Paraguay, Nunca Más*, 4 tomos, CIPAE, Asunción, 1990.

5.7) Comité Helsinki en Polonia y Fundación Helsinki pro Derechos Humanos:

-“Líneas para procedimientos de lustración”, informe contenido en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

5.8) Federación Internacional de Derechos Humanos:

-“Misión internacional de investigación: Chile, El eventual regreso de Pinochet a Chile: ¿en total impunidad”, julio de 1999.

5.9) Human Rights Watch:

-“Recomendaciones de Human Rights Watch sobre el Decreto Reglamentario de la Ley 975 del 2005”, en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2005/colombia1005/recomendaciones103105.pdf>.

5.10) International Law Association:

-“Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, London Conference, 2000 (disponible en <http://www.ila-hq.org/pdf/HumanRig.pdf>).

5.11) Lawyers Committee for Human Rights:

-*From the Ashes. A Report on Justice in El Salvador*, Lawyers Committee for Human Rights, Nueva York, 1987.

-*Improvising History. A Critical Evaluation of the United Nations Observer Misión in El Salvador*, Lawyers Committee for Human Rights, Nueva York, 1995.

5.12) Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala:

-*Guatemala, nunca Más. Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica*, 4 volúmenes, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Guatemala, 1998.

Javier Chinchón Álvarez

5.13) Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo:

-Para exigir Nuestros Derechos. Manual de Exigibilidad en DESC, ANTROPOS, Bogotá, 2004.

5.14) Servicio de Paz y Justicia Uruguay:

-Uruguay Nunca Más. Informe Sobre las Violaciones a los Derechos Humanos (1972-1985), SERPAJ-URUGUAY, Montevideo, 1989.

ANEXO VI: OTROS TEXTOS

- ABRAMOVICH, V.: “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/herrped/Docs/PedagogicasEspecializado/02.pdf>.
- Actas del Seminario del Centro-Oeste (Argentina-Chile): “20 años después... Democracia y Derechos Humanos. Un desafío latinoamericano”, Mendoza, 1996, publicadas por Ediciones Culturales de Mendoza, Mendoza, 1997.
- ALBARRACÍN, W.: “La impunidad en Bolivia. Los regímenes democráticos en Latinoamérica y la impunidad”, en Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, Chile, 13-16 de diciembre 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>.
- ALÍA PLANA, M.: “Derecho Penal Internacional”, en <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/dpi-1.pdf>.
- AYALA LASO, J.: “La Justicia es un Derecho Humano”, discurso pronunciado en la clausura del congreso internacional “Los Derechos Humanos ante las Cortes. Los Juicios de Nuremberg y su significado actual”, en <http://www.derechos.org/diml/doc/ayala.txt>.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.
- Carta abierta enviada por Iván Cepeda Castro, director de la Fundación “Manuel Cepeda Vargas”, al presidente Uribe el 8 de marzo de 2003.
- CASAUS, M.: “Memoria del silencio: el genocidio de Guatemala” , Conferencia presentada dentro del Seminario Pensar en Español VI: Comisiones de la verdad y reconciliación, Casa de América, Madrid, 23 de enero de 2006.
- Conferencia de Prensa del Presidente Sanguinetti, *Diario La República*, 18 de abril de 1989.
- Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, disponible en <http://www.coljuristas.org/justicia.htm>.
- Discurso del General Pinochet al dejar la Comandancia en Jefe del Ejército, Santiago de Chile, 10 de marzo de 1998, párr. 13-19 (versión electrónica disponible en <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/1687/despedit.html>).

-“Documento final sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo”, emitido por la Radio y Televisión argentinas el 28 de abril de 1983 (versión electrónica en <http://www.nuncamas.org/investig/saydom/lasombra/lasombr9.htm>).

-*Draft Convention on Jurisdiction with respect crimes*, preparado por la Facultad de Derecho de Harvard, en *AJIL*, vol. 29, núm. 3, 1935.

-FRÜHLING, M.: “Los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el secuestro y los acuerdos especiales”, en el foro: “Panel Internacional sobre Acuerdo Humanitario y los Niños en la Guerra”, 15 de mayo de 2003, en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/pos0319.pdf>.

-GARCÉS, J. E.: “La dictadura en Chile (1973-1990): responsabilidades políticas y penales”, Conferencia presentada dentro del Seminario Pensar en Español VI: Comisiones de la verdad y reconciliación, Casa de América, Madrid, 1 de diciembre de 2005.

-GARCÍA MÉNDEZ, E.: “Derechos Humanos: Origen, sentido y futuro: Reflexiones para una nueva agenda”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.

-GARRETÓN, R.: “La Protección Internacional de los Derechos Humanos. El sistema Universal. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.

-MCDONALD, A. y ROELOF, H.: “Prosecutorial Discretion – Some Thoughts on ‘Objectifying’ the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC”, *Expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor*, 15 de abril de 2003 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/mcdonald_haveman.pdf).

-“Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción. Normas de Turku”, 5 de enero de 1995, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/excep/turku.html>.

-NÚÑEZ DE ESCORCIA, V.: “La impunidad en Nicaragua”, en Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, Chile, 13-16 de diciembre 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>.

-PÉREZ, A.: “Fuerzas Armadas y transición democrática en América Latina”, disponible en http://www.eliberoamericano.com/front_notas_detalle.php?id_noticia=249.

-PICOLOTTI, R. y PICOLOTTI, J. M.: “Derechos Humanos y Empresas. La responsabilidad legal de las empresas por violaciones a los derechos humanos en Argentina”, en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc23s.doc>.

-PINTO, M.: “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de DESC”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004

“Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del sistema internacional de derechos humanos”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.

-Ponencia de L. MAGARELL en el Seminario Internacional: “Para una superación definitiva del fenómeno paramilitar en Colombia”, celebrado Bogotá en abril de 2004.

-Ponencia del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Seminario Internacional “Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz”, organizado por la *Escola de Cultura de Pau* de la Universidad Autònoma de Barcelona, 27-28 de febrero de 2004.

-“Princeton Principles on Universal Jurisdiction”, en http://www.law.uc.edu/morgan/newsdir/unive_jur.pdf.

-“Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en <http://www.cajpe.org.pe/guia/mat5.htm>.

-“Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 24 agosto de 1984, Derechos que no pueden ser suspendidos, principio 3, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>.

-RAVENA, H.: “La Globalización de los Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Globalización de los Derechos Humanos celebrado en la La Paz en abril de 2002, (texto disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/ravena1.html>).

-Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, Chile, 13-16 de diciembre 1996, en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>

-TEITELBAUM, A.: “Prevención, represión y criminalización de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo: el problema de su impunidad”, conferencia dictada en la Universidad de León, España, en Octubre de 2001. http://www.citelan.es/cuenca/magazine/colabora/mgz_colaboraciones.html.

-Transcripción de la conferencia pronunciada por el fiscal Castresana en las “Jornadas contra la Tortura” organizadas por Amnistía Internacional (Grupo Valencia) y la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia, el 28 noviembre 2002, en: “Textos para una Justicia Universal” (puede conseguirse el texto completo a través de alsurdelsur@wanadoo.es).

-“United States: Comments on the Draft Articles on State Responsibility. October 22, 1997”, en *ILM*, vol. XXXVII, 1998.

-VALENCIA VILLA, H.: “El derecho a la justicia en una sociedad democrática”, conferencia impartida en el Curso de Humanidades Contemporáneas “Democracia y Derechos Humanos: las libertades fundamentales en una sociedad en transformación”, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, ponencia del 15 de marzo de 2006.

-VALJI, N.: “Reconciliación y Reparación: Un Balance”, en <http://www.csvr.org.za/papers/papnv2.htm>.

-VENTURA ROBLES, M. E.: “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, ponencia realizada en el XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica, 16-27 de agosto de 2004.

-ZURITA SALVADOR, J.: “Los instrumentos de derecho internacional de la ONU para hacer frente a la impunidad”, en el Primer Seminario sobre la Impunidad en América Latina, 15 de febrero de 1996, en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/zurita.txt>.

ANEXO V: SITIOS WEB CONSULTADOS

<http://www.aaj.org.br>
<http://www.aaas.org>
<http://www.abacq.net>
<http://www.acnur.org/biblioteca>
<http://www.a-i.es>
<http://www.almargen.com.ar>
<http://www.amnesty.org>
<http://www.apdh.com.ar>
<http://www.bcn.cl>
<http://www.cajpe.org.pe>
<http://www.ccj.org>
<http://www.cels.org.ar>
<http://www.cepaz.org.sv>
<http://www.cidh.oas.org>
<http://www.cidob.org>
<http://www.ciponline.org>
<http://www.citenla.es>
<http://www.cja.org>
<http://www.cofadeh.org>
<http://www.coljuristas.org>
<http://www.comisiontortura.cl>
<http://www.conadi.jus.gov.ar>
<http://www.congreso.gob.gt>
<http://www.corteidh.or.cr>
<http://www.csvr.org.za>

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz

<http://www.ddhh.gov.cl>

<http://www.derechos.org/nizkor>

<http://www.derechos.org/koaga>

<http://www.desaparecidos.org/fedefam>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.eclac.cl>

<http://www.edai.org>

<http://www.ess.uwe.ac.uk>

<http://www.ejil.org>

<http://www.eliberoamericano.com>

<http://www.exdesaparecidos.org.ar>

<http://www.firstworldwar.com>

<http://www.guate.net/famdegua>

<http://www.history.sandiego.edu>

<http://www.hrw.org>

<http://www.homepage.ntlworld.com>

<http://www.hudoc.echr.coe.int>

<http://www.ibiblio.org>

<http://www.icc-cpi.int>

<http://www.iccnw.org>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.icrc.org>

<http://www.ictj.org/>

<http://www.icttr.org>

<http://www.iidh.ed.cr>

<http://www.ila-hq.org>

<http://www.impunidad.com>

<http://www.iuscrim.mpg>

<http://www.madres.org>

<http://www.law.uc.edu>

<http://www.legalinfo-panama.com>
<http://www.mazal.org>
<http://www.mensrechte.org>
<http://www.minugua.guate.net>
<http://www.nodo50.org/home.htm>
<http://www.nuncamas.org>
<http://www.oas.org/defaultesp.htm>
<http://www.ombudsman.gob.pe/informes>
<http://www.pangea.org>
<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk>
<http://www.parquedelamemoria.org.ar>
<http://www.preventgenocide.org>
<http://www.psyché-navegante.com>
<http://www.reei.org>
<http://www.sc-sl.org>
<http://www.tlahui.com>
<http://www.truth.org.za>
<http://www.u-j.info>
<http://www.umn.edu/humanrts>
<http://www.un.org>
<http://www.un.org/icty>
<http://www.unhchr.ch>
<http://www.africa-union.org>
<http://www.untreaty.un.org>
<http://www.viaalternativa.com.co>
<http://www.yale.edu/lawweb/avalon>
<http://www.zmag.org/LAM>

